

ANSVARSGJENNOMBRUDD I AKSJESELSKAPER OG ALLMENNAKSJESELSKAPER

Kandidatnr: 200

Veileder: Mads Krohn

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 17 972 ord

24.11.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PRESENTASJON AV TEMAET	1
1.2	AVGRENSNING OG BEGREPSAVKLARING	2
1.3	DET VIDERE OPPLEGGET	3
<u>2</u>	<u>RETTSKILDESITUASJONEN</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>ALTERNATIVE RETTSGRUNNLAG FOR UTVIDET AKSJEEIERANSVAR</u>	<u>5</u>
3.1	INNLEDNING	5
3.2	AKSJEEIERANSVAR SOM FØLGE AV ERSTATNINGSREGLENE	6
3.2.1	UAKTSOMHETSANSVAR	6
3.2.2	ARBEIDSGIVERANSVAR	8
3.2.3	ORGANANSVAR	8
3.2.4	FORHOLDET TIL ANSVARSGJENNOMBRUDD	9
3.3	AKSJEEIERANSVAR SOM FØLGE AV AVTALE	10
3.3.1	AVTALERETTSLIG TILORDNING	10
3.3.2	REPRESENTASJON	10
3.3.3	SÆRLIG OM COMFORT LETTERS	11
3.3.4	FORHOLDET TIL ANSVARSGJENNOMBRUDD	11
<u>4</u>	<u>ANSVARSGJENNOMBRUDD SOM EGET RETTSGRUNNLAG</u>	<u>12</u>
4.1	INNLEDNING	12
4.2	HENSYN FOR OG MOT ANSVARSGJENNOMBRUDD	12
4.3	UTTALELSER I FORARBEIDENE	17
4.4	SYNSPUNKTER I JURIDISK TEORI	19
4.5	RETTSPRAKSIS	21
<u>5</u>	<u>SITUASJONEN I UTENLANDSKE RETTSSYSTEMER</u>	<u>23</u>
5.1	INNLEDNING	23

5.2	SVERIGE	23
5.3	DANMARK	25
5.4	USA	26
5.5	TYSKLAND	29
5.6	ENGLAND	29
<u>6</u>	<u>VILKÅRENE FOR ANSVARSGJENNOMBRUDD</u>	<u>30</u>
6.1	INNLEDNING	30
6.2	MOMENTER I VURDERINGEN	31
6.2.1	INNLEDNING	31
6.2.2	UNDERKAPITALISERING	31
6.2.3	DOMINERENDE RÅDIGHET	35
6.2.4	TAPPING AV SELSKAPSMIDLER	42
6.2.5	SAMMENBLANDING	44
6.3	BETYDNINGEN AV KRAVETS ART	46
6.3.1	INNLEDNING	46
6.3.2	DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR KRAVET	47
6.3.3	KREDITORS FORHOLD	48
6.3.4	AKSJEEIERS FORHOLD	49
6.4	AKSJESELSKAPER OG ALLMENNAKSJESELSKAPER	50
<u>7</u>	<u>FØLGENE AV ANSVARSGJENNOMBRUDD</u>	<u>52</u>
7.1	INNLEDNING	52
7.2	ANSVARET	52
7.3	BENEFICIUM ORDINIS	52
7.4	REGRESS	54
7.5	ANSVARSGJENNOMBRUDD I FORHOLD TIL ENKELTKREDITORER	54
<u>8</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>55</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>
	<u>FORARBEIDER</u>	<u>60</u>

NORGE	60
SVERIGE	60

<u>DOMSREGISTER</u>	61
----------------------------	-----------

NORGE	61
SVERIGE	61
USA	61
ENGLAND	61

<u>LOVREGISTER</u>	62
---------------------------	-----------

NORGE	62
SVERIGE	62
DANMARK	62

1 Innledning

1.1 Presentasjon av temaet

Problemstillingen i denne oppgaven er hvorvidt ansvarsgjennombrudd i norsk rett eksisterer som et særlig rettsgrunnlag for direktekrav mot aksjeeiere ved siden av de mer tradisjonelle grunnlagene for utvidet aksjeeieransvar.

Utgangspunktet i norsk rett er at aksjeeierne i et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap kun hefter for det beløpet de tegnet seg for i stiftelsesdokumentet. Dette slås fast i aksjeloven (asl) § 1-2 og allmennaksjeloven (asal) § 1-2.^{1 2} Aksjeeierne kan ikke pålegges å skyte ytterligere midler inn i selskapet med mindre dette er særlig vedtektsfestet eller avtalt, og de hefter heller ikke for selskapets forpliktelser overfor kreditorene. Deltakeransvaret er altså indirekte og begrenset. I visse tilfeller kan det allikevel bli aktuelt med et ytterligere ansvar for aksjeeierne. Utgangspunktet ble formulert på følgende måte av Høyesterett i Rt. 1991 s. 119:

”Loven gir gjennom aksjeselskapsformen adgang til ansvarsbegrensning nettopp for risikofylte virksomheter. Aksjeselskapets ansvar er begrenset til de midler selskapet disponerer over. Dersom kreditor ikke får dekning gjennom disse midler, må det derfor kreves noe spesielt for at han skal kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere - aksjonærene - eller hos styremedlemmene som har stått for ledelsen av selskapet” (s. 123).

Direkte gjaldt saken ansvar for styremedlemmer, men som det fremgår av sitatet, uttaler Høyesterett seg også om et eventuelt ansvar for aksjeeiere. Det slås for det første fast at det må ”kreves noe spesielt” for at et ansvarsgjennombrudd skal inntre. Videre defineres

¹ Lov 13. juni 1997 nr. 44: Lov om aksjeselskaper

² Lov 13. juni 1997 nr. 45: Lov om allmennaksjeselskaper

hva som ligger i et slikt gjennombrudd, nemlig å ”skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere”.

Et slikt ansvar kan tenkes begrunnet i erstatningsreglene, og da særlig asl/asal § 17-1 supplert av det ulovfestede erstatningsansvaret for uaktsomme handlinger. Mange av dommene som foreligger på området kan leses ut fra et slikt synspunkt. Videre kan ansvaret tenkes begrunnet i avtalerettslige synspunkter, ved at man via avtaletolkning kommer til at det er en eller flere aksjeeiere som i realiteten har inngått avtalen, enten ved siden av eller i stedet for det angjeldende selskapet. I denne oppgaven skal det imidlertid drøftes hvorvidt det uavhengig av disse tradisjonelle ansvarsgrunnlagene finnes en særlig ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd som eget rettsgrunnlag for direktekrav mot aksjeeiere.

1.2 Avgrensning og begrepsavklaring

Oppgaven avgrenses for det første til å gjelde aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Andre selskaper og sammenslutninger med begrenset ansvar er således ikke omfattet. Begrepene ”aksjeselskap” og ”allmennaksjeselskap” skal i denne oppgaven forstås i samsvar med definisjonene i asl/asal § 1-1. Det vil i oppgaven ikke bli sondret mellom disse to selskapsformene, og drøftelser som gjelder den ene selskapsformen vil i utgangspunktet også være relevante for den andre, med mindre noe annet fremgår av sammenhengen. Se for øvrig punkt 6.4 om eventuelle forskjeller i så måte. Begrepet selskap skal normalt forstås som en henvisning til et aksjeselskap eller et allmennaksjeselskap.

Begrepet ”aksjeeier” er ikke definert i asl/asal, men skal forstås som en henvisning til enhver som eier en eller flere aksjer i selskapet, enten dette er en fysisk person eller en juridisk person av enhver type.

Begrepet ”ansvarsgjennombrudd” benyttes undertiden om to ulike tilfeller.³ For det første det tilfellet at en aksjeeier holdes ansvarlig overfor selskapet eller dets konkursbo for et beløp som overstiger innskuddsbeløpet for aksjetegningen, altså et unntak fra

³ NOU 1992: 29 s. 42

asl/asal § 1-2(2). For det andre den formen at en aksjeeier hefter direkte overfor den enkelte kreditor for selskapets forpliktelser, altså et unntak fra asl/asal § 1-2(1).

Problemstillingene har visse fellestrekk, men er også til dels ulike i de to tilfellene, etter som man ved ansvarsgjennombrudd til gode for selskapet eller dettes konkursbo har en rekke andre rettsgrunnlag å bygge på. Som eksempler kan nevnes de ulike tilbakeførings- og erstatningsreglene i aksjeloven og allmennaksjeloven, samt reglene om omstøtelse i konkurs i dekningslovens kapittel 5.⁴ Det er også ansvarsgjennombrudd i form av et direktekrav for kreditorene som har vært mest omdiskutert og mest berørt i rettspraksis. I denne oppgaven vil det derfor kun være den sistnevnte form for ansvarsgjennombrudd som behandles.

Videre avgrenses oppgaven, i tråd med det som er sagt i innledningen, til å gjelde ansvarsgjennombrudd som et selvstendig rettsgrunnlag som på objektivt grunnlag fører til at en eller flere aksjeeiere hefter personlig for selskapets forpliktelser. I det mest gjennomførte nordiske verket om temaet, Werlauffs "Selskabsmasken", blir denne formen for gjennombruddsansvar kalt "hæftelsesgennembrud".⁵ I norsk teori har Asmundsson/Gustavsson brukt begrepet "ansvarsgjennombrudd i snever forstand".⁶ I motsetning til denne formen for ansvarsgjennombrudd, står tilfeller der aksjeeierne hefter etter andre rettsinstitutter, typisk avtalerettslige og erstatningsrettslige regler. Disse rettsgrunnlagene vil imidlertid også bli omtalt i den utstrekning de danner et nødvendig bakteppe for oppgavens tema. Se nærmere om dette i kapittel 3.

1.3 Det videre opplegget

I det videre opplegget vil jeg i kapittel 2 foreta en gjennomgang av rettskildefaktorene som er relevante for oppgaven. Deretter gir jeg i kapittel 3 en kort fremstilling av de mest praktiske av de andre rettsgrunnlagene som kan føre til et utvidet aksjeeieransvar. I kapittel 4 vil jeg gå nærmere inn på ansvarsgjennombrudd som et eget rettsgrunnlag, herunder hvilke hensyn som gjør seg gjeldende for og mot. Dessuten vil jeg i dette kapitlet også gå gjennom uttalelser i forarbeidene, synspunkter i juridisk teori og visse prinsipielt viktige avgjørelser fra rettspraksis. Deretter vil jeg i kapittel 5 gi en kort

⁴ Lov 8. juni 1984 nr. 59: Lov om fordringshavernes dekningsrett

⁵ Werlauff, Selskabsmasken s. 31 flg.

⁶ Asmundsson/Gustavsson s. 196 flg.

oversikt over rettstilstanden i utlandet. I kapittel 6 vil jeg undersøke hvilke vilkår som må oppstilles for en eventuell lære om ansvarsgjennombrudd, før jeg i kapittel 7 ser på hvilke følger et slikt ansvarsgjennombrudd vil føre til. Til slutt vil jeg i kapittel 8 komme med en konklusjon på oppgavens problemstilling.

2 Rettskildesituasjonen

Det finnes i norsk rett ingen alminnelig lovbestemmelse som regulerer spørsmålet om ansvarsgjennombrudd. En eventuell regel om ansvarsgjennombrudd vil altså være ulovfestet, og bygge på andre rettskildefaktorer enn formell lov.

Ansvarsgjennombrudd er behandlet i flere av forarbeidene i forbindelse med arbeidet med de nye aksjelovene fra 1997, men uten at dette har ført til noen lovregulering. Anvendelsen av forarbeider blir dermed en noe annen her enn i de fleste andre tilfeller, da det ikke er snakk om å benytte uttalelser i forarbeidene til å tolke en lovtekst. Forarbeidene vil derimot bli brukt på grunn av sine drøftelser av gjeldende rett på området. Dessuten vil de bli benyttet for å undersøke om det kan trekkes noen konklusjoner om lovgivers holdning til ansvarsgjennombrudd, ut fra det faktum at lovgiver valgte ikke å lovregulere dette spørsmålet.

I rettspraksis foreligger det flere Høyesterettsdommer som omhandler problemstillinger som i større eller mindre grad er knyttet til ansvarsgjennombrudd. Grunnet den manglende lovreguleringen, har disse dommene stor interesse ved drøftelsen av en eventuell lære om ansvarsgjennombrudd etter norsk rett. De viktigste av disse vil derfor behandles underveis i oppgaven.

Ansvarsgjennombrudd er også behandlet av flere norske rettsteoretikere. Som på alle områder der rettstilstanden er uklar og det finnes få tungtveiende rettskildefaktorer, vil synspunkter i teorien kunne være med på å utforme reglene. Det vil derfor ofte bli henvist til juridisk teori underveis.

Også i andre rettssystemer enn det norske har det utviklet seg teorier og synspunkter rundt temaet ansvarsgjennombrudd. Som følge av dette vil det også til en viss grad ses hen til utenlandsk rett i denne oppgaven. Dette vil både gjøres som en oversikt over situasjonen i enkelte utenlandske rettssystemer, og ved at momenter fra utenlandsk rett trekkes inn underveis i de ulike drøftelsene.

3 Alternative rettsgrunnlag for utvidet aksjeeieransvar

3.1 Innledning

Som nevnt i pkt 1.1 kan et direkte ansvar for aksjeeierne også begrunnes i mer tradisjonelle rettsgrunnlag, hvorav de to mest praktiske er ansvar etter erstatningsreglene og ansvar som følge av avtaletolkning. En dyptgående behandling av disse grunnlagene faller utenfor denne oppgavens tema, men en kort oversikt er på sin plass, da det er grunn til å se nærmere på eventuelle sammenhenger mellom de tradisjonelle grunnlagene for utvidet aksjeeieransvar og en eventuell lære om ansvarsgjennombrudd.

For det første kan det være grunn til å se reglene i sammenheng i forhold til hvilke momenter som er relevante for at reglene skal komme til anvendelse. Det vil kunne være berettiget å legge vekt på momenter som typisk anvendes når ansvar ilegges etter de tradisjonelle grunnlagene, også når det er aktuelt å ilegge ansvar på bakgrunn av ansvarsgjennombrudd.

For det andre kan det være grunn til å se de ulike grunnlagene for utvidet aksjeeieransvar i sammenheng i så måte at jo flere tilfeller en anser omfattet av erstatnings- og avtalereglene, desto mindre behov er det for å supplere med en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd.⁷ På denne bakgrunn vil jeg i det følgende si litt om erstatning og avtaletolkning som grunnlag for utvidet aksjeeieransvar.

⁷ Fjørtoft s. 302

3.2 Aksjeeieransvar som følge av erstatningsreglene

3.2.1 Uaktsomhetsansvar

Asl/asal § 17-1 hjemler et uaktsomhetsansvar for blant andre aksjeeiere. Ansvar et gjelder etter bestemmelsens ordlyd bare tap voldt selskapet. Bestemmelsen suppleres imidlertid av de alminnelige erstatningsreglene, og først og fremst av det ulovfestede culpaansvaret. I Innst. O. nr. 80 (1996-97) s. 29 uttaler komiteen at den ”stør at aksjelovene må innehalde reglar om erstatning og at erstatningsansvaret i hovudsak er knytta til den vanlege regelen om erstatningsansvar for den som aktlaust valdar tap for andre”. Dersom en aksjeeier skal holdes ansvarlig overfor en kreditor på dette grunnlaget, må tre hovedvilkår være oppfylt. For det første må aksjeeieren må ha opptrådt uaktsomt, for det andre må kreditor ha lidt et økonomisk tap, og for det tredje må det foreligge årsakssammenheng mellom aksjeeierens opptreden og kreditors tap. Om disse hovedvilkårene er oppfylt, kan kreditor som utgangspunkt kreve sitt tap dekket av aksjeeieren direkte.

Et ansvar som følge av culpaansvaret, kan tenkes bygget på mange forskjellige grunnlag. En aksjeeier kan, som representant for selskapet, for eksempel ha opptrådt på en illojal måte under forhandlinger med en medkontrahent og derved påført denne tap. Videre kan en aksjeeier som handler på selskapets vegne, ha opptrådt uaktsomt og på den måten forårsaket tings- eller personskade. Erstatningsansvar kan også tenkes som følge av en underkapitalisering som påfører medkontrahenten tap ved at selskapet blir ute av stand til å oppfylle sine forpliktelser.

Et interessant spørsmål er hvorvidt underkapitalisering alene kan føre til erstatningsansvar for uaktsomhet, dersom driften av selskapet ellers har vært uklanderlig. Dette spørsmålet må ses i sammenheng med at aksjeloven og allmennaksjeloven inneholder bestemmelser om minste tillatte aksjekapital, jfr. asl/asal § 3-1(1). Minstekravet er henholdsvis kr 100 000,- og kr 1 000 000,-. Videre inneholder lovene også krav til at egenkapitalen skal være ”forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet” i asl/asal § 3-4. Om dette kravet ikke er oppfylt, inntreer en handlingsplikt for styret etter asl/asal § 3-5(1). Det samme gjelder dersom ”selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen”. Rettsvirkningene av brudd på disse bestemmelsene er noe uklare, men antakelig

medfører ikke brudd på disse bestemmelsene at erstatningsansvar etter § 17-1 supplert med det ulovfestede culpaansvaret inntreer automatisk.⁸ Imidlertid vil det at det foreligger brudd på disse bestemmelsene tyde på at driften av selskapet har vært uaktsom, noe som vil kunne medføre erstatningsansvar for så vel styremedlemmer som aksjeeiere. Ansvar for aksjeeiere vil typisk være aktuelt i tilfeller der styret har oppfylt sin handlingsplikt etter § 3-5, og generalforsamlingen allikevel velger å fortsette driften som før. Den fortsatte driften kan i disse tilfellene anses som en uforsvarlig risiko som selskapets kreditorer utsettes for.⁹ I de tilfeller der den uforsvarlige egenkapitalen fører til at selskapet ikke greier å oppfylle sine forpliktelser, må det derfor antas at en aksjeeier etter omstendighetene kan bli erstatningsansvarlig overfor tredjeperson. Se nærmere om underkapitalisering i forbindelse med ansvarsgjennombrudd i punkt 6.2.2.

Dersom en aksjeeier opptrer ansvarsbetingende direkte overfor kreditor og derved påfører sistnevnte tap, er saken altså grei. Mer komplisert blir det dersom aksjeeierens ansvarsbetingende atferd er rettet mot selskapet. Et typisk eksempel på dette er at en aksjeeier urettmessig tapper selskapet for midler. Erstatningskravet tilkommer da selskapet eller dets konkursbo. Et tap for selskapet kan allikevel medføre et tap for dets kreditorer dersom tapet fører til at selskapet ikke har tilstrekkelig med midler til å dekke sine forpliktelser. Antakelig må asl/asal § 17-6 forstås slik at den forutsetningsvis gir hjemmel for å kunne rette et erstatningskrav for slikt tap direkte mot den uaktsomme aksjeeier, men da kun for kreditors ideelle andel i selskapets tap.¹⁰ Som det følger av bestemmelsen, er den enkeltes adgang til å forfølge kravet subsidiær i forhold til selskapets rett.

Dersom en kreditor ønsker å kreve hele sitt tap dekket av en aksjeeier, kan han altså ikke bygge sitt krav på disse reglene. Dette var situasjonen i Rt. 1993 s. 20. Høyesterett fastslo først at den tilsvarende erstatningsregelen i aksjeloven av 1976 § 15-1 ikke ga hjemmel for et slikt krav.¹¹ Til tross for dette kom retten frem til at kravet allikevel kunne fremmes. Retten bygger på ”en totalvurdering av saksforholdet, herunder

⁸ Andenæs, Aksjeselskaper s. 40, motsatt Aarbakke m. fl. s. 158

⁹ Asmundsson/Gustavsson s. 256

¹⁰ Aarbakke m. fl. s. 787

¹¹ Lov 4. juni 1976 nr. 59: Lov om aksjeselskaper (opphevet)

handlemåten til de personer som sto bak selskapet, og på kreditorenes rett til å få dekket sine krav før selskapsmidler tas ut av aksjonærene” (s. 27). Det er noe diffust hva som ligger i denne formuleringen. I teorien mener enkelte at dommen bare er et utslag av culperegelen, mens andre mener den baserer seg på en lære om ansvarsgjennombrudd. Dommen behandles nærmere i punktene 4.5 og 6.2.4.

3.2.2 Arbeidsgiveransvar

Skadeserstatningsloven (skl) § 2-1 innholder hjemmel for at arbeidsgivere i visse tilfeller er erstatningsansvarlig for skade som voldes av sine ansatte.¹² Det foregikk tidligere en diskusjon om hvorvidt denne bestemmelsen ga hjemmel for arbeidsgiveransvar for morselskaper i tilfeller der en av selskapets ansatte er styremedlem i et datterselskap som følge av ansettelsesforholdet.¹³ Denne diskusjonen ble avgjort ved dommen inntatt i Rt. 1996 s. 742, der det ble slått fast at skl § 2-1 ikke ga slik hjemmel:

”Jeg er kommet til at erstatningsloven §2-1 ikke hjemler arbeidsgiveransvar for styremedlem som har fått vervet som følge av sitt arbeidsforhold, verken generelt eller i spesielle tilfelle” (s. 759).

3.2.3 Organansvar

Erstatningsansvar kan også tenkes på bakgrunn av det såkalte organansvaret. Dette innebærer at et selskap er ansvarlig for culpøs atferd utøvet av dets organer. I forbindelse med spørsmålet om utvidet aksjeeieransvar, kan det spørres om personer som er ansatt i ledende stillinger i et morselskap må anses som morselskapets organer når de utøver styreverv i selskapets datterselskaper.¹⁴ Det er tvilsomt om en slik synsvinkel er holdbar. Dette vil innebære at man anser det aktuelle styremedlem for å være organ i to ulike selskaper samtidig. Høyesterett synes å utelukke denne synsvinkelen i Rt. 1996 s. 742, der det i forhold til dette spørsmålet uttales:

¹² Lov 13. juni 1969 nr. 26: Lov om skadeserstatning

¹³ Se eksempelvis Asmundsson/Gustavsson s. 227 flg., Hagstrøm i TfR s. 276 flg. og Aarum s. 51 flg.

¹⁴ Asmundsson/Gustavsson s. 231-232

”Jeg tar ikke standpunkt til om disse styremedlemmene må anses som organer i eierselskapene. I Minnor handlet de som medlemmer av styret og pliktet å handle i dette selskapets interesse. Jeg kan ikke se at de samtidig kan anses å handle som organer i det selskapet der de var ansatt. Noe grunnlag for organansvar er det ikke” (s. 759).

Etter dette må det antas at det normalt ikke kan idømmes organansvar for ledende ansattes culpøse atferd som styremedlemmer i et datterselskap.

3.2.4 Forholdet til ansvarsgjennombrudd

Når det gjelder forholdet mellom erstatningsansvar og ansvarsgjennombrudd, er det slik at det ofte er vanskelig å trekke et klart skille mellom tilfeller der det argumenteres på erstatningsrettslig grunnlag og der det argumenteres på grunnlag av en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. Det foreligger i rettspraksis en rekke dommer som kan tolkes på både den ene og den annen måte. Hagstrøm mener at det ”er vanskelig å se at de sentrale momenter om ansvarsgjennombrudd er noe særlig forskjellig fra vanlige culpa- og risikobetraktninger i erstatningsretten”,¹⁵ og i Ot. prp. nr. 23 (1996-97) s. 117 uttales det: ”Argumentene for ansvarsgjennombrudd og for erstatningsansvar etter den alminnelige uaktsomhetsregelen flyter lett over i hverandre.” Det vil derfor kunne hevdes at det i de tilfellene der det foreligger klanderverdige forhold på aksjeeierens hånd ofte nærmest er et terminologisk spørsmål om man bygger på erstatningsreglene eller en regel om ansvarsgjennombrudd. Dette vil imidlertid i visse tilfeller innebære en overforenkling, ettersom det må antas at rettsvirkningene av de to regelsettene er forskjellige. Se nærmere om rettsvirkningene av ansvarsgjennombrudd i kapittel 7.

I de tilfellene som dekkes av erstatningsreglene, vil behovet for en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd gjennomgående være liten, ettersom kreditor da vil kunne få sitt krav dekket som et erstatningskrav mot aksjeeieren. Man kan allikevel ikke si at det at ansvar kan ilegges etter erstatningsreglene helt fjerner behovet for å kunne påberope seg ansvarsgjennombrudd. Et erstatningsansvar vil kunne lempes etter bestemmelsen i skl § 5-2 slik at kreditor dermed ikke får dekket sitt fulle tap. Videre vil også erstatningsbeløpet kunne bli nedsatt etter adekvansregelen i erstatningsretten. En regel

¹⁵ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 100

om ansvarsgjennombrudd vil på den annen side antakelig medføre at aksjeeieren hefter for hele beløpet, i samme utstrekning som selskapet. Det kan også tenkes at det vil kunne medføre bevisvansker å skulle påvise uaktsomhet hos en aksjeeier, og at man derfor ønsker å påberope seg ansvarsgjennombrudd i stedet. Et eksempel på at saksøker mente å kunne bygge sitt krav både på uaktsomhet og på ansvarsgjennombrudd, men unnlot å påberope seg førstnevnte grunnlag av hensyn til bevisføringen, har vi i Rt. 1996 s. 672.

3.3 Aksjeeieransvar som følge av avtale

3.3.1 Avtalerettslig tilordning

Avtaletolkning vil i mange tilfeller føre til at man anser en aksjeeier for å hefte ved siden av eller i stedet for selskapet for dets forpliktelser. Dette beror på alminnelige kontraktsrettslige tolkningsregler, og er i prinsippet bare et spørsmål om hvem som er debitor etter avtalen. Dette omtales ofte som et spørsmål om avtalerettslig tilordning eller omdirigering.¹⁶ Et tilfelle av dette har vi der en medkontrahent gis en berettiget forventning om at han handler med et morselskap, mens oppfyllelsen i realiteten skal skje via et datterselskap. Her kan morselskapet ofte anses for å hefte direkte overfor medkontrahenten.¹⁷ Som eksempel på en dom som bygger på slike betraktninger har vi fra svensk rettspraksis NJA 1982 s. 244. På bakgrunn av de konkrete omstendighetene hadde en leverandør av varer til et datterselskap grunn til å tro at det var morselskapet som var ansvarlig for å betale varene. Lignende betraktninger finnes i norsk rettspraksis i Rt. 1999 s. 353. Et norsk selskap ble her ansett forpliktet til å betale for vareleveranser til et svensk søsterselskap.

3.3.2 Representasjon

Også visse tilfeller av representasjon kan føre til at aksjeeieren anses å være bundet etter avtalen. Høyesterett har slått fast at det som hovedregel er den kontraherende part som bindes av en avtale, med mindre noe annet er opplyst. Se eksempelvis Rt. 1980 s. 1109, der det uttales at ”den som inngår en avtale ... selv blir ansvarlig overfor medkontrahenten når noe annet ikke er markert eller klart forutsatt mellom partene”

¹⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 89

¹⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 89

(s. 1114). En aksjeeier kan derfor bli holdt ansvarlig for selskapets forpliktelser dersom denne har opptrådt som representant for selskapet uten å ha gitt klart nok uttrykk for at det er selskapet og ikke aksjeeieren som er den kontraherende part.¹⁸

3.3.3 Særlig om comfort letters

I tillegg bør det sies litt om såkalte comfort letters. Disse er erklæringer avgitt av en aksjeeier, der denne i mer eller mindre diffuse ordlag uttaler at den anser det som en plikt å sørge for at selskapets forpliktelser dekkes. Andre formuleringer anvendes også, men hensikten er gjerne å gi medkontrahtenten trygghet for at forpliktelsen vil bli oppfylt, uten nødvendigvis å stille seg solidarisk ansvarlig for den. Comfort letters er klart mest praktiske i konsernforhold, men det er selvsagt ikke noe i veien for at en annen aksjeeier enn et morselskap kan avgi en slik erklæring. Det vil uansett bero på tolkning hvorvidt en slik erklæring er bindende, og hva den som har avgitt den eventuelt har forpliktet seg til. I visse tilfeller vil en slik tolkning føre til at aksjeeieren anses ansvarlig ved siden av datterselskapet for dets forpliktelser. Det kan tenkes at erklæringen i visse tilfeller gir få eller ingen holdepunkter for hvorvidt den er juridisk bindende. Røsæg har i disse tilfellene hevdet at presumsjonen er at erklæringen er bindende.¹⁹

3.3.4 Forholdet til ansvarsgjennombrudd

Selv om det også er en sammenheng mellom utvidet aksjeeieransvar som følge av avtaletolkning og utvidet aksjeeieransvar som følge av ansvarsgjennombrudd, vil det oftest være en større forskjell i argumentasjonsmåten enn det er mellom erstatningsansvar og ansvarsgjennombrudd. Også her gjelder imidlertid den sammenhengen at det i de tilfellene der aksjeeieren vil kunne ilegges ansvar som følge av avtaletolkning, regulært vil være mindre behov for en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. Rettsvirkningene av en avtalerettslig synsvinkel vil i de fleste tilfeller være sammenfallende med de av et ansvarsgjennombrudd. Dette vil særlig være tilfelle der man anser aksjeeieren for å være part i avtalen som følge av tilordning og i representasjonstilfellene. Unntak kan tenkes dersom avtalen, til tross for at aksjeeieren må sies å være bundet overfor medkontrahtenten, må tolkes slik at aksjeeieren kun hefter

¹⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 90

¹⁹ Røsæg s. 373

for deler av kravet, at det foreligger et bestemt beneficium ordinis, eller at andre begrensninger må antas å gjelde.

4 Ansvarsgjennombrudd som eget rettsgrunnlag

4.1 Innledning

I tilfeller der verken avtalerettslige, erstatningsrettslige eller eventuelle andre rettsgrunnlag fører til at en kreditor kan rette sitt krav direkte mot aksjeeieren, vil han som hovedregel måtte holde seg til selskapet eller dettes konkursbo. Spørsmålet er derfor om vi ved siden av disse tradisjonelle ansvarsgrunnlagene, også kan operere med ansvarsgjennombrudd som et alternativt rettsgrunnlag for utvidet aksjeeieransvar. Ansvarsgjennombrudd som eget rettsgrunnlag omtales til tider som en regel om identifikasjon mellom selskap og aksjeeier.²⁰ En annen synsvinkel er å anse ansvarsgjennombrudd som et ulovfestet unntak fra ansvarsbegrensningen i asl/asal § 1-2. Fordelen med å anse ansvarsgjennombrudd som en identifikasjonsregel, er at ansvarsbegrensningen som prinsipp kan stå sterkere, ved at man unngår å tale om unntak fra den. Fordelen med å anse ansvarsgjennombrudd som en unntaksregel, er at dette i større grad peker på realiteten i regelen. Dette vil uansett bare være en terminologisk forskjell, og den bør ikke tillegges særlig betydning.

4.2 Hensyn for og mot ansvarsgjennombrudd

Spørsmålet er så hvilke hensyn som foreligger for og mot å tillate ansvarsgjennombrudd. Andenæs fremhever tre hovedhensyn som taler for å respektere ansvarsbegrensningen.²¹ For det første at "ansvarsbegrensningen fremmer foretaksomheten i samfunnet". Når man kan investere i risikofylt virksomhet uten å risikere å bli personlig ansvarlig for selskapets gjeld, kan dette bidra til økte investeringer og dermed vekst i økonomien. En uthuling av prinsippet om begrenset ansvar kan tenkes å virke i motsatt retning. Dette hensynet kan imidlertid ikke gjelde

²⁰ Fjærtøft s. 301-302

²¹ Andenæs, Det 30. nordiske s. 188

ubetinget. Det kan ikke være ønskelig at enhver investering skal gjennomføres uavhengig av sitt innhold. Enkelte investeringer kan være uheldige for forretningslivet og samfunnet generelt, og således være ønskelig å motvirke. Det er blant andre disse investeringene det vil kunne være aktuelt å motvirke ved hjelp av en regel om ansvarsgjennombrudd.

Det andre hovedhensynet er at "aksjeselskapsformen muliggjør en bedrifts- og samfunnsmessig ønskelig oppdeling av virksomheter i selvstendige enheter". Det bør være adgang til å organisere bedriften sin slik at spesielt risikofylte deler av virksomheten drives som en selvstendig enhet, så lenge denne adgangen ikke misbrukes. Det kan neppe anses ønskelig at et stort og levedyktig konsern går konkurs fordi et datterselskap som står for en liten og risikofylt del av virksomheten, viser seg å gå med et stort tap. En oppdeling av en virksomhet i flere selvstendige enheter må også være akseptabel dersom målet med oppdelingen er å opprette en bestemt risikofordeling mellom aksjeeiere og frivillige kreditorer. Det kan ikke være noen grunn til å motvirke at de ulike interessentene i et selskap ønsker å fordele risikoen seg i mellom på en bestemt måte. En annen situasjon har vi der oppdelingen benyttes som et instrument for å lempe risikoen ved virksomheten over på utenforstående tredjeparter. Som eksempel kan tenkes en stor og kapitalsterk bedrift som skiller ut en liten, potensielt skadevoldende del av sin virksomhet, utelukkende med den hensikt å unngå ansvar for eventuell skade virksomheten volder. I denne situasjonen gjør hensynene bak ansvarsbegrensningen seg gjeldende i mindre grad.

For det tredje fremhever Andenæs at rettsordenen "ikke uten tvingende grunn [bør] begrense borgernes rett til å velge hvilken rettsform virksomheten skal drives i". Dette siste hensynet er imidlertid tradisjonelt blitt tillagt begrenset vekt dersom det finnes tilstrekkelig tunge mothensyn. Det finnes en rekke eksempler i norsk lovgivning på at visse typer virksomhet kun kan drives i en bestemt selskapsform. Eksempelvis gjelder det klare regler for hvilke former finansieringsinstitusjoner skal drives i, jfr finansieringsvirksomhetsloven §§ 2a-10 og 3-2.²² Det samme gjelder

²² Lov 10. juni 1988 nr. 40: Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner

forsikringsselskaper, jfr forsikringsvirksomhetsloven § 3-1.²³ Selv om en som utgangspunkt har rett til selv å velge hvilken rettsform en ønsker å drive virksomheten sin i, er dette altså ingen selvfølge. Så lenge en regel om ansvarsgjennombrudd holdes innenfor snevre rammer, vil den heller ikke medføre noen vidtrekkende begrensninger i denne retten, utenom i de få tilfellene der valget av selskapsform er begrunnet i lite beskyttelsesverdige hensyn.

I tillegg til disse hensynene påpeker Knudsen at "[r]eglene om firmabruk og registrering i Foretaksregisteret gir informasjon om ansvarsbegrensningen", samt at "[s]elskapets regnskap er offentlig slik at den som ønsker å kontrahere med selskapet, på forhånd kan undersøke selskapets økonomiske stilling, og således selv ha mulighet til å vurdere risikoen".²⁴ Dette er imidlertid hensyn som kun slår til overfor de frivillige kreditorer. I tilfeller der kreditors krav har oppstått som følge av en skadevoldende handling fra selskapets side vil disse mulighetene til å undersøke selskapets forhold være uten verdi. Se nærmere om denne problemstillingen i punkt 6.3.2.

Det kan også anføres en del hensyn som taler for å åpne for en viss adgang til å gjennomføre ansvarsgjennombrudd. Andenæs fremhever i denne sammenheng to hovedhensyn.²⁵ For det første at det ofte føles "umiddelbart rimelig at virksomhetens eier bør bære de kostnader den medfører", og for det annet at det kan "anføres et prevensjonshensyn, idet ansvar for datterselskapets forpliktelser vil stimulere eieren til omtanke og forsiktighet".

Når det gjelder det første hensynet, har dette to sider. Det er for det første et typisk rimelighets/rettferdighetshensyn som må sies å veie relativt tungt. Hovedgrunnen til at man skal godta ansvarsgjennombrudd i tilfeller der ingen tradisjonelle rettsgrunnlag kan føre til utvidet aksjeeieransvar, må nettopp være at resultatet ellers ville virke støtende. Antakelig er det nettopp dette hensynet som var avgjørende i Rt. 1993 s. 20. Dommen omtales nærmere i punktene 4.5 og 6.2.4. På den annen side vil det kunne være betenkelig å operere med ulovfestede unntak fra en klar lovregel på bakgrunn av rene

²³ Lov 10. juni 1988 nr. 39: Lov om forsikringsvirksomhet

²⁴ Knudsen, Gjeldsansvar s. 106

²⁵ Andenæs, Det 30. nordiske s. 188

rimelighetsbetraktninger. Det bør da i hvert fall være et krav at hensynet gjør seg gjeldende med en viss tyngde i det konkrete tilfellet der unntaksregelen skal anvendes. Dette hensynet har imidlertid også en samfunnsøkonomisk side. Når virksomhetens eier selv må bære kostnadene ved driften, er det grunn til å tro at dette vil føre til en optimal drift av selskapet, ettersom eieren da vil ha et ønske om best mulig resultat. Dette vil igjen være med på å fremme optimal utnyttelse av ressursene i samfunnet. Det er her for øvrig en flytende grense over til prevensjonshensynet.

I forhold til prevensjonshensynet må det antas at dersom en aksjeeier risikerer selv å bli ansvarlig for et selskaps tap, vil aksjeeieren ha en større oppfordring til å sørge for at selskapet drives på en fornuftig måte, og ikke bedriver virksomhet som medfører en uforvarlig risiko for tap. Denne oppfordringen vil aksjeeieren ikke ha i samme grad dersom det eneste han risikerer er å miste innskuddskapitalen, som i forhold til gevinstmulighetene ved den risikofylte virksomheten, kan fremstå som temmelig ubetydelig. Prevensjonshensynet har både den side at en fornuftig drift av et selskap vil minske risikoen for at selskapets kreditorer påføres tap, men også den side at et selskap som drives på en rasjonell og fornuftig måte må antas i de fleste tilfeller å være mer lønnsomt og levedyktig på lang sikt, noe som må sies å være positivt så vel for selskapet som for økonomien i samfunnet generelt.

Selv om også hensynene som taler for å tillate ansvarsgjennombrudd må sies å være viktige, foreligger det utvilsomt sterke hensyn til grunn for den ansvarsbegrensningen vi har i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Særlig ansvarsbegrensningens betydning for investeringsviljen i forretningslivet, må anses som svært viktig.

Ansvarsbegrensningen har muliggjort en kapitalakkumulasjon som ville vært umulig å få til på annen måte, og har mye av æren for den økonomiske veksten i den vestlige verden de siste århundrer.²⁶ Ansvarsbegrensningen må imidlertid ses i sammenheng med selskapskreditorenes fortrinnsrett til selskapsmidlene. Anerkjennelsen av det begrensede ansvar henger nøye sammen med at denne ordningen også medfører at selskapskreditorene får fortrinnsrett til selskapets midler fremfor deltakernes særkreditorer. Historisk er det antakelig dette momentet som utgjorde den viktigste

²⁶ Andenæs, Aksjeselskaper s. 9 flg.

begrunnelsen for å anerkjenne det begrensede ansvaret i britisk rett så tidlig som på 1400-tallet.²⁷

De ulike hensynene som taler for å respektere ansvarsbegrensningen, viser at det vil være betenkelig å tillate ansvarsgjennombrudd med mindre det foreligger vektige hensyn som taler for. Det er ikke dermed sagt at slike situasjoner ikke kan oppstå i praksis, og så lenge man beholder ansvarsbegrensningen som den klare hovedregel som i de aller fleste tilfeller må respekteres, vil neppe en regel om ansvarsgjennombrudd få synbare negative virkninger for investeringsviljen i forretningslivet.

Et annet hensyn, av mer retts teknisk art, som taler mot å åpne for en adgang til å gjennomføre ansvarsgjennombrudd, er at en slik adgang nødvendigvis vil måtte baseres på temmelig vage kriterier, jfr. Høyesteretts formulering i Rt. 1996 s. 672:

”Et eventuelt ansvarsgjennombrudd må – slik jeg ser det – i tilfelle begrunnes hovedsakelig ut fra to typer argumenter. (1) Fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern. De to sett argumenter må ses i sammenheng, og det må foretas en helhetsvurdering” (s. 678-679).

Et såpass usikkert vurderingstema vil kunne medføre en betydelig usikkerhet omkring regelens rekkevidde, og dermed føre til en rekke ufunderte saksanlegg. Rettslige standarder av denne typen er imidlertid blitt vanligere og vanligere i norsk rett, og i de fleste tilfeller danner det seg etter hvert ganske faste retningslinjer for anvendelsen av dem, slik at dette hensynet i hvert fall ikke kan være avgjørende. Dette hensynet har imidlertid blitt brukt som et argument for ikke å lovfeste regler om ansvarsgjennombrudd, men heller å la disse utvikle seg i rettspraksis. Se nedenfor i punkt 4.3.

²⁷ Werlauff, Selskabsret s. 28

4.3 Uttalelser i forarbeidene

Spørsmålet om ansvarsgjennombrudd som eget rettsgrunnlag var oppe i forbindelse med det arbeidet med ny aksjelovgivning som resulterte i de to lovene fra 1997.

Uttalelser i forarbeidene kan dermed være med på å belyse hvilken holdning lovgiver har hatt til dette ulovregulerte emnet.

Det bør nevnes at det i arbeidet med ny aksjelovgivning finnes to sett med forarbeider.²⁸ Det første settet ble sendt tilbake til departementet da man bestemte seg for å regulere aksjeretten i to lover i stedet for en. I den grad det er motstrid mellom disse to settene med forarbeider, må naturlig nok det siste gå foran.²⁹ Når det gjelder uttalelser om ansvarsgjennombrudd, synes det imidlertid ikke å være noen motstrid mellom de to settene. Da det i tillegg er det første settet med forarbeider som inneholder de mest utførlige drøftelsene av temaet, kan det ikke være noen grunn til å legge mindre vekt på dette.

I forhold til spørsmålet om det ville være hensiktsmessig å gi lovbestemmelser om ansvarsgjennombrudd, uttales det i NOU 1992: 29 s. 45: ”Etter gruppens syn er det mest hensiktsmessig også i fremtiden å overlate til praksis å ta stilling til om og i hvilken utstrekning det skal være adgang til å statuere gjennomskjæring i unntakstilfeller.”

I Ot. prp. nr. 36 (1993-94) s. 89 uttales: ”Når det gjelder spørsmålet om en lovregulering, er departementet enig med Aksjelovgruppen i at det er vanskelig å tenke seg en lovbestemmelse om ansvarsgjennombrudd som ikke tar i bruk en rettslig standard. Departementet er i tvil om verdien av en slik bestemmelse, og går derfor nå ikke inn for å lovregulere spørsmålet om ansvarsgjennombrudd.”

I Ot. prp. nr. 23 (1996-97) s. 117 konkluderes i forhold til lovreguleringsspørsmålet slik: ”Departementet er etter en samlet vurdering – og i tråd med Aksjelovutvalgets forslag –

²⁸ Det første settet består av NOU 1992: 29, Ot. prp. nr. 36 (1993-94) og Innst. O. nr. 45 (1994-95). Det andre består av NOU 1996: 3, Ot. prp. nr. 23 (1996-97), Ot. prp. nr. 39 (1996-97) og Innst. O. nr. 80 (1996-97).

²⁹ Andenæs, Aksjeselskaper s. 6

kommet til at det ikke er grunnlag for å foreslå en lovregulering av spørsmålene om ansvarsgjennombrudd og tilordning i denne sammenhengen.”

Til tross for at man valgte ikke å gi lovregler om emnet, synes dette ikke å skyldes at man mente at ansvarsgjennombrudd ikke hadde noen plass i norsk rett. Begrunnelsen var, som det fremgår av sitatene ovenfor, snarere at spørsmålet egnet seg bedre for avgjørelse i rettspraksis enn i lovtekst.

I forhold til spørsmålet om ansvarsgjennombrudd i det hele tatt bør anerkjennes etter norsk rett, er tendensen i forarbeidene at det nok eksisterer en viss adgang til å foreta ansvarsgjennombrudd, men at denne adgangen er snever, og at den heller ikke bør utvides. I NOU 1992: 29 s. 44 sammenfatter Aksjelovgruppen sitt syn på følgende måte:

”Med utgangspunkt i uttalelsene i Rt. 1991 s. 119, andre høyesterettsdommer og teori, antar gruppen at man ikke kan avvise et (indirekte eller direkte) gjennomskjæringsansvar etter norsk rett. Dette ansvaret kan imidlertid ikke knyttes til enkle og klare kriterier; det kreves et «særlig grunnlag». Dette særlige grunnlag må fastlegges ved en vurdering, hvor prinsippet om ansvarsbegrensning og de behov dette skal tilgodese må settes opp mot behovet for i visse tilfeller å la kreditorinteressen og andre interesser (enn den dominerende aksjeeierinteressen) som knytter seg til selskapet gå foran. De særlige grunner som taler for gjennomskjæring, må i det enkelte tilfelle være sterke, mer enn overveiende.

Man kan gjerne formulere dette slik at gjennomskjæringsansvar er hjemlet når det ville være *utilbørlig* eller *klart urimelig* overfor de interesser (andre enn den dominerende aksjeeierinteressen) som knytter seg til selskapet, om ansvarsbegrensningen skulle bli stående. Det nærmere innhold av en slik rettslig standard, ville det føre for langt å komme inn på i denne sammenheng.”

I Ot. prp. nr. 36 (1993-94) s. 89 uttales det, etter at det først er blitt fastslått at hovedregelen må være at ansvarsbegrensningen skal respekteres:

”Departementet er videre enig med Aksjelovgruppen og flertallet av høringsinstansene i at det i sjeldne tilfeller kan være grunn til å gjøre unntak fra den nevnte hovedregelen.

At det foreligger et visst praktisk behov for dette, er kommet til uttrykk i Aksjelovgruppens utredning, og dette inntrykket bestyrkes av høringsuttalelsene. Departementet kan ikke se avgjørende motforestillinger så lenge adgangen til å foreta ansvarsgjennombrudd holdes innen snevre rammer. Etter omstendighetene kan det være sterke rimelighetshensyn som tilsier en slik løsning. Departementet er imidlertid enig med Aksjelovgruppen i at det ikke er aktuelt nå å gå lenger i retning av å tillate ansvarsgjennombrudd enn det som trolig følger av gjeldende, ulovfestet rett.”

De senere forarbeidene til lovene bringer lite nytt i forhold til spørsmålet om å tillate ansvarsgjennombrudd eller ikke. På bakgrunn av de siterte uttalelsene må det antakelig konkluderes med at man i arbeidet med den nye aksjelovgivningen har ansett ansvarsgjennombrudd for å være en realitet i norsk rett og at det dessuten er behov for et slikt rettsinstitutt. Det fremgår imidlertid også at det forutsettes at en regel om ansvarsgjennombrudd gis et snevert anvendelsesområde, og kun skal anvendes i sjeldne unntakstilfeller.

4.4 Synspunkter i juridisk teori

Ansvarsgjennombrudd er i Norge behandlet av flere forfattere i den juridiske teorien, men med noe ulike konklusjoner. Tendensen i de fleste fremstillingene går imidlertid i retning av at en lære om ansvarsgjennombrudd enten ikke har noen plass i norsk rett, eller i hvert fall må begrenses til å gjelde noen ganske få unntakstilfeller.

Hagstrøm uttaler at ”direktekrav mot aksjonærer er en realitet i norsk rett”,³⁰ men det er viktig å være oppmerksom på at han i denne sammenheng anser ansvarsgjennombrudd som en del av erstatningsretten og ikke som et eget rettsgrunnlag. Den type ansvarsgjennombrudd som omtales i Rt. 1996 s. 672 og s. 742, anser han imidlertid for å gjelde en ”tilsidesettelse av selve selskapsformen”, uten å ta stilling til om også denne formen for ansvarsgjennombrudd er en realitet i norsk rett.³¹ Asmundsson/Gustavsson er også negative til å anse ansvarsgjennombrudd som et eget rettsgrunnlag. De konkluderer med ”at det i norsk rett ikke er grunnlag for å oppstille en lære om

³⁰ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 99

³¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 101

ansvarsgjennombrudd som argumentasjonsmåte for utvidet aksjonæransvar”.³² Fjørtoft konkluderer på sin side med at ”norsk rett per i dag ikkje inneheld ein regel om aksjerettsleg identifikasjon”, men han sier samtidig at ”Høgsterett ved å formulere innhaldet i ein slik regel, kan ha tatt det første steget mot innføringen av den”.³³ Også Grønland er negativ til en regel om ansvarsgjennombrudd. Etter en gjennomgang av Rt. 1996 s. 672 og Rt. 1996 s. 742 konkluderer han slik: ”Gjennomgangen ... avslører ikke noe behov for en ulovfestet regel om aksjeeieres ansvar for selskapets forpliktelser. De to Høyesterettsdommene gir derfor ikke grunnlag for å hevde at en slik regel eksisterer.”³⁴ Skåre/Knudsen har ingen egentlig drøftelse av temaet, men uttaler at ”morselskapet, som enhver annen aksjeeier, ikke er ansvarlig for datterselskapets gjeld med mindre det foreligger avtale om dette, eller ansvaret følger av erstatningsrettslige synspunkter o.l. eller av konkurslovens regler om omstøtelse”.³⁵ Negativ er også Woxholth, som konkluderer med at ”det så langt er begrunnet at læren om ansvarsgjennombrudd ikke har fått noen særlig tilslutning i norsk rett”.³⁶

Mer positiv til ansvarsgjennombrudd er Krüger, som i sin gjennomgang av Rt. 1996 s. 672 tolker dommen ”som en tilslutning til at norsk rett etter omstendighetene *vil* åpne for gjennomskjæring av selskapskonstruksjonen”.³⁷ Også Brunsvig synes å være åpen for at ansvarsgjennombrudd har en plass i norsk rett.³⁸ Heller ikke Andenæs vil stenge for en regel om ansvarsgjennombrudd, men synes å mene at adgangen til å benytte en slik regel må være snever. Han konkluderer med at ”læren om ansvarsgjennombrudd bør forankres i proforma- og misbrukssynspunkter. Hovedsaken er at det bør være tale om en sikkerhetsventil for rene unntakstilfeller”.³⁹ Et lignende standpunkt inntar Knudsen når han omtaler ansvarsgjennombrudd som ”en sikkerhetsventil som

³² Asmundsson/Gustavsson s. 293

³³ Fjørtoft s. 314

³⁴ Grønland s. 110

³⁵ Skåre/Knudsen s. 35

³⁶ Woxholth s. 95

³⁷ Krüger i Juristkontakt s. 7

³⁸ Brunsvig s. 71

³⁹ Andenæs, Det 30. nordiske s. 189

domstolene kan falle tilbake på når andre ansvarsgrunnlag i spesielle tilfeller ikke gir et tilfredsstillende resultat”.⁴⁰

Etter dette må det sies at den rettsteoretiske diskusjonen rundt temaet ansvarsgjennombrudd ikke kan anses som avklart. Tendensen går, som nevnt ovenfor, imidlertid i retning av at en lære om ansvarsgjennombrudd i hvert fall må gis et snevert anvendelsesområde.

4.5 Rettspraksis

Om man går igjennom norsk høyesterettspraksis, finnes det flere dommer der en aksjeeier idømmes ansvar for et selskaps forpliktelser. De viktigste av disse dommene vil bli behandlet i punkt 6.2 under spørsmålet om hvilke momenter som er relevante ved en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd. Høyesterett har imidlertid aldri sagt uttrykkelig at den bygger på en lære om ansvarsgjennombrudd, og de fleste av dommene kan forklares ut fra mer tradisjonelle grunnlag for utvidet aksjeeieransvar, jfr kap 3. Enkelte av dommene er imidlertid av en slik art at de enten vanskelig kan forklares med noen av de tradisjonelle grunnlagene, eller at det i hvert fall er vanskelig å si sikkert hvilket grunnlag retten har bygget på.

Et slikt tilfelle, der det kan hevdes at Høyesterett må ha bygget på en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd, har vi i Rt. 1993 s. 20. Retten uttalte her at den bygget på ”en totalvurdering av saksforholdet, herunder handlemåten til de personer som sto bak selskapet, og på kreditorenes rett til å få dekket sine krav før selskapsmidler tas ut av aksjonærene” (s. 27). Spørsmålet er så hva som ligger i denne formuleringen. Det ble uttrykkelig fastslått at aksjelovens erstatningsregler ikke kunne anvendes, og en avtalerettslig synsvinkel var ikke aktuell i saken. Videre sier retten at den bygger på en ”totalvurdering av saksforholdet”. Denne formuleringen minner mye om den helhetsvurderingen Høyesterett senere omtaler i Rt. 1996 s. 672 som et vilkår for en eventuell lære om ansvarsgjennombrudd (s. 678-679). Mye kan derfor tale for at Høyesterett benyttet seg av en regel om ansvarsgjennombrudd. I motsatt retning taler det faktum at Høyesterett ikke nevner ansvarsgjennombrudd med et eneste ord i

⁴⁰ Knudsen, Gjeldsansvar s. 114

dommen. Det foretas heller ingen prinsipiell drøftelse av temaet, noe som ville vært naturlig på et såpass uavklart rettsområde. Teorien har sett noe forskjellig på betydningen av dommen. Marthinussen/Aarbakke og tilsynelatende også Fjørtoft og Aarum ser dommen som et utslag av en lære om ansvarsgjennombrudd,⁴¹ mens Andenæs og Asmundsson/Gustavsson mener den kan begrunnes i det erstatningsrettslige culpaansvaret.⁴² Slik tolker jeg også Hagstrøm ut fra hans bruk av begrepet ansvarsgjennombrudd.⁴³

Dommen gir et klart inntrykk av at Høyesterett mente at det eneste rimelige resultatet ville være å la kreditorene få fremme sine krav, men at retten ikke fant hjemmel for å tillate et slikt krav i noen av de tradisjonelle grunnlagene for utvidet aksjeeieransvar. Det er nettopp i slike tilfeller hensynene for ansvarsgjennombrudd gjør seg sterkest gjeldende, og det synes mest naturlig å si at Høyesterett i realiteten benyttet seg av en regel om ansvarsgjennombrudd.

Det kan likevel spørres om ikke saksforholdet i denne dommen var såpass spesielt at man skal være forsiktig med å trekke generelle regler ut av den. Aksjeeieren hadde opptrådt svært uredelig, og det forelå ”et klart og forsettlig rettsbrudd i forhold til kreditorene” (s. 28). Dette har ført til at enkelte hevder at det ikke kan legges så stor vekt på dommen i diskusjonen om ansvarsgjennombrudd.⁴⁴ Dette kan likevel ikke være avgjørende. Riktignok er saksforholdet i dommen spesielt, men det er nettopp i de spesielle og sjeldne tilfellene, der andre rettsgrunnlag ikke strekker til for å komme til et rimelig resultat, at det vil være behov for en regel om ansvarsgjennombrudd.

Den mest prinsipielle uttalelsen om eksistensen av en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett, kom Høyesterett med i Rt. 1996 s. 672. Uttalelsen er sitert ovenfor i punkt 4.2. Høyesterett formulerte her vilkårene for en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd, men tok ikke stilling til om en slik regel faktisk fantes, da

⁴¹ Marthinussen/Aarbakke s. 587-588, Fjørtoft s. 312-313 og Aarum s. 36

⁴² Andenæs, Aksjeselskaper s. 44-45 og Asmundsson/Gustavsson s. 284 og 241-242

⁴³ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 98-99

⁴⁴ Fjørtoft s. 314

vilkårene for å anvende den uansett ikke var til stede i den aktuelle saken. Det samme var tilfelle i Rt. 1996 s. 742.

Det må kunne slås fast at Høyesterett med avgjørelsene i Rt. 1996 s. 672 og s. 742 i hvert fall ikke har ønsket å ta avstand fra en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. En kan tvert imot hevde at når Høyesterett først tar seg bryet med å formulere vilkår for at ansvarsgjennombrudd skal kunne skje, er det god grunn til å anta at retten anerkjenner at det kan være behov for en regel om ansvarsgjennombrudd, og vil kunne benytte seg av en slik regel i senere saker dersom forholdene tilsier det.

5 Situasjonen i utenlandske rettssystemer

5.1 Innledning

Debatten rundt temaet ansvarsgjennombrudd har også versert i mange utenlandske rettssystemer. Til en viss grad vil det på dette rettsområdet være de samme hensyn som gjør seg gjeldende uavhengig av hvilket land man befinner seg i, slik at argumenter fra utenlandsk rett også vil kunne være relevante ved vurderingen av rettstilstanden i Norge. I tillegg er det ikke uvanlig at man på områder der rettstilstanden er usikker, søker inspirasjon fra andre land der rettsutviklingen på det aktuelle området har kommet lenger.

5.2 Sverige

Det fastslås i den svenske aktiebolagslagen 1 kap. 1 § 1. ledd at en aksjeeier ikke svarer personlig for selskapets forpliktelser.⁴⁵ Et visst unntak gjøres i bestemmelsens 2. ledd for advokatfirmaer. Sverige har i likhet med Norge ingen generell lovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. Det har imidlertid forekommet tilfeller av ansvarsgjennombrudd på ulovfestet grunnlag i rettspraksis, og en lære om ansvarsgjennombrudd synes å være noe mer akseptert i Sverige enn hos oss. Den juridiske teori har imidlertid også i

⁴⁵ Aktiebolagslag (1975:1385)

Sverige vært nokså restriktiv når det gjelder adgangen til å foreta ansvarsgjennombrudd.⁴⁶

Rettstilstanden i Sverige på dette området er imidlertid ikke umiddelbart sammenlignbar med rettstilstanden her hjemme, fordi svensk rett inneholder den såkalte "spärregelen" som medfører at erstatning for rene formuestap som utgangspunkt kun kan idømmes i straffbare tilfeller. I 2 kap. 2 § i den svenske skadeståndslagen heter det således: "Den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan."⁴⁷ Denne bestemmelsen gjelder imidlertid ikke i tilfeller der erstatningsansvaret er lovfestet, jfr. skadeståndslagen 1 kap. 1 §. Erstatningsansvar for aksjeeiere er lovfestet i aktibolagslagen 15 kap. 3 § og fastslår en regel om ansvar for forsett og grov uaktsomhet for medvirkning til "överträdelse av denna lag, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen". Vilkårene for å idømme en aksjeeier erstatningsansvar er altså generelt strengere i Sverige enn i Norge, og behovet for en egen lære om ansvarsgjennombrudd kan derfor hevdes å være større i Sverige.

Det pågår for tiden i Sverige arbeid med å vedta ny aksjelovgivning. I SOU 2001: 1 s. 279 flg. og Lagrådsremiss 6 maj 2004: Ny aktiebolagslag s. 203 flg. vurderes behovet for og utformingen av regler om ansvarsgjennombrudd. Konklusjonen i disse forarbeidene er at det ikke er behov for noen generell lovfestet regel om ansvarsgjennombrudd i Sverige, men at en slik regel er ønskelig på miljørettens område. Når det gjelder eksistensen av en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd, sies det uttrykkelig i lagrådsremissen at det at man ikke anser det ønskelig å lovfeste en generell regel om ansvarsgjennombrudd, ikke skal være til hinder for at de ulovfestede prinsippene om ansvarsgjennombrudd anvendes og videreutvikles i rettspraksis.⁴⁸

Til tross for at svensk rett antakelig må sies å inneholde en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd, er det ikke helt enkelt å avgjøre hvilke vilkår som må være oppfylt for at denne regelen skal komme til anvendelse. En rekke ulike synspunkter og teorier er blitt lansert om dette. Det synes imidlertid å være enighet om at det skal meget

⁴⁶ Bocker/Grapat s. 30 flg.

⁴⁷ Skadeståndslag (1972:207)

⁴⁸ Lagrådsremiss 6 maj 2004: Ny aktiebolagslag s. 205

sterke hensyn til for å foreta ansvarsgjennombrudd. Sentrale momenter som er blitt trukket frem i teorien, og som går igjen hos de fleste forfattere, er underkapitalisering, illojal eller klanderverdig atferd hos aksjeeierne, og selskapets manglende selvstendighet i forhold til aksjeeierinteressene.⁴⁹

5.3 Danmark

Når det gjelder ansvarsgjennombrudd, er rettstilstanden i Danmark temmelig lik den i Norge, og antakelig er Danmark det landet som har mest til felles med Norge på dette området.⁵⁰ Ansvarsbegrensningen i danske aktieselskaber og anpartsselskaber følger av aktieselskabsloven § 1, stk. 2 og anpartsselskabsloven § 1, stk. 2,^{51 52} og i likhet med Norge og Sverige finnes det ingen generell lovbestemmelse om ansvarsgjennombrudd i dansk rett. Ansvarsgjennombrudd som eget rettsgrunnlag for utvidet aksjeeieransvar omtales i dansk rett ofte som et spørsmål om ”hæftelsesgennembrud”. I dansk teori har Gomard stilt seg negativ til et slikt særlig rettsgrunnlag,⁵³ mens Werlauff i større grad synes å ville anerkjenne dette grunnlaget. Werlauffs tese er at ansvarsgjennombrudd er en sanksjon som benyttes mot brudd på en selskapsrettslig lojalitetsplikt.⁵⁴ Werlauffs avhandling er det mest omfattende verket om ansvarsgjennombrudd i Norden, og det er grunn til å gjengi i sin helhet de vilkårene han oppstiller for ansvarsgjennombrudd:

”Hæftelsesgennembrud kan kun statueres, hvis der enten foreligger (1) et betydeligt eller vedvarende misforhold mellem selskabets egenkapital og omfanget af de med selskabets virksomhet forbundne risici, (2) konsekvent beherskelse af selskabets ledelsesforhold uden om dets generalforsamling og uden iagttagelse at den hermed forbundne publicitet, (3) konsekvent overførsel til selskabsdeltagere eller andre af de af selskabet invundne overskud med den følge, at selskabets egen konsolidering umuliggøres, (4) anvendelse af selskabet til at omgå forpligtelser, der påhviler selskabsdeltagere, eller (5) dispositioner i eller for selskabet, som ud fra den foran udviklede pligt til loyal varetagelse af selskabets interesse er materielt uberettigede og

⁴⁹ Bocker/Grapat s. 36

⁵⁰ Asmundsson/Gustavsson s. 205

⁵¹ Lov om aktieselskaber, jfr. lovbekendtgørelse nr 1001 af 08/10/2004

⁵² Lov om anpartsselskaber, jfr. lovbekendtgørelse nr 10 af 09/01/2002

⁵³ Gomard, Aktieselskaber s. 81 flg.

⁵⁴ Werlauff, Selskabsmasken s. 448 flg.

påviselig synes at tilføre de disponerende selskabsdeltagere m.v. eller andre nogle ikke ubetydelige fordele.”⁵⁵

Dersom et av disse alternative vilkårene er oppfylt, kan ansvarsgjennombrudd i følge Werlauff foretas overfor ”de selskabsdeltagere eller andre, der faktisk eller retligt har haft en bestemmende indflydelse i selskapet på tidspunktet for gjeldens opståen, og som må antages selv at have villet eje virksomheden, hvis ikke den tilhørte selskabet”.⁵⁶

Werlauffs synspunkter er imidlertid ikke enerådende i Danmark, og Gomard synes i sin anmeldelse av Werlauffs avhandling å mene at Werlauff går for langt i å åpne for ansvarsgjennombrudd.⁵⁷

5.4 USA

I USA benyttes gjerne uttrykket ”piercing the corporate veil” om ansvarsgjennombrudd. Andre synonymmer er ”lifting the corporate veil” og ”disregard of the legal entity”.⁵⁸ Læren om ansvarsgjennombrudd fremstår i USA som vesentlig mer utviklet enn i Norge, og det har gjennom litteratur og rettspraksis utviklet seg en del prinsipielle retningslinjer for anvendelsen av læren. Dette kan skyldes at amerikansk rett generelt inneholder noe færre lovregler som gir grunnlag for utvidet aksjeeieransvar. I mange av tilfellene der man i USA må ty til ansvarsgjennombrudd for å nå et rimelig resultat, ville man i Norge antakelig nå et tilsvarende resultat ved hjelp av mer tradisjonelle grunnlag for utvidet aksjeeieransvar.⁵⁹ Synspunkter som taler for ansvarsgjennombrudd etter amerikansk rett er derfor ikke nødvendigvis direkte overførbare på norsk rett.

I amerikansk teori kan læren om ansvarsgjennombrudd deles inn i to dominerende teorier, nemlig ”the equitable theory” og ”the enterprise theory”.⁶⁰ Hovedpoenget i ”the equitable theory” er at selskapet og aksjeeierne har opptrådt på slik en måte overfor tredjeperson at det ville være urimelig å opprettholde selskapets rettssubjektivitet.

⁵⁵ Werlauff, Selskabsmasken s. 39

⁵⁶ Werlauff, Selskabsmasken s. 39

⁵⁷ Gomard i Juristen s. 42 flg.

⁵⁸ Bocker/Grapat s. 66

⁵⁹ Clausen s. 956

⁶⁰ Bocker/Grapat s. 66-67 og Clausen s. 957 flg.

Dersom dette er tilfellet, vil ansvarsgjennombrudd kunne bli resultatet. I "the enterprise theory" er temaet hvorvidt det rettslige skillet mellom aksjeeiere og selskap også har gitt seg uttrykk i praksis, for eksempel når det gjelder økonomi, ledelse og forretningsdrift. Har skillet kun vært formelt, men ikke reelt, vil dette kunne føre til ansvarsgjennombrudd. På tross av utviklingen av "the equitable theory" og "the enterprise theory" i juridisk teori, er de fleste amerikanske dommer om ansvarsgjennombrudd nokså konkret begrunnet i de faktiske forholdene i hvert tilfelle.⁶¹

En anerkjent metode som anvendes for å avgjøre om ansvarsgjennombrudd kan finne sted i USA, kalles for "the Fisser test", etter saken *Fisser v. International Bank*.⁶² Etter denne metoden er det tre vilkår som må være oppfylt, nemlig (1) control, (2) abuse og (3) proximate cause.⁶³

I forhold til det første vilkåret, som må kunne anses som et krav om dominerende rådighet, har det dannet seg visse momenter i rettspraksis. I saken *Taylor v. Standard Gas & Electric Co.* listet domstolen opp 11 faktorer den la vekt på ved vurderingen av om det forelå dominerende rådighet.⁶⁴ Disse er blitt benyttet i flere senere saker om ansvarsgjennombrudd, og går under betegnelsen "the Taylor factors".⁶⁵ Disse er:

- (a) The parent corporation owns all or most of the capital stock of the subsidiary.
- (b) The parent and subsidiary corporations have common directors or officers.
- (c) The parent corporation finances the subsidiary.
- (d) The parent corporation subscribes to all of the capital stock of the subsidiary or otherwise causes its incorporation.
- (e) The subsidiary has grossly inadequate capital.
- (f) The parent corporation pays the salaries and other expenses or losses of the subsidiary.
- (g) The subsidiary has substantially no business except with the parent corporation and no assets except those conveyed to it by the parent corporation.

⁶¹ Clausen s. 959

⁶² 282 F.2d 231 (2nd Cir. 1960)

⁶³ Bocker/Grapatin s. 67

⁶⁴ 96 F.2d 693 (10th Cir. 1938)

⁶⁵ Bocker/Grapatin s. 68

- (h) In the papers of the parent corporation or in the statements of its officers, the subsidiary is described as a department or division of the parent corporation, or its business or financial responsibility is referred to as the parent corporation's own.
- (i) The parent corporation uses the property of the subsidiary as its own.
- (j) The directors or executives of the subsidiary do not act independently in the interest of the subsidiary but take their orders from the parent corporation in the latter's interest.
- (k) The formal legal requirements of the subsidiary are not observed.⁶⁶

Anvendelsen av faktorene vil bero på en helhetsvurdering. Alle faktorene behøver ikke være til stede for å foreta ansvarsgjennombrudd, og vektleggingen av de ulike faktorene vil kunne variere fra sak til sak.⁶⁷

Det neste vilkåret, abuse, går ut på at aksjeeieren har benyttet sin dominerende rådighet i selskapet på en klanderverdig måte. En rekke ulike handlemåter kan tenkes å falle inn under dette vilkåret. Blant disse vil være underkapitalisering og tapping av selskapsmidler, samt brudd på eller omgåelse av lovregler eller avtaleforpliktelser.⁶⁸

Det tredje vilkåret, proximate cause, medfører at det må foreligge urettmessig tap eller skade for kreditoren, og at det er tilstrekkelig sammenheng mellom kreditorens tap eller skade og aksjeeierens dominans og urettmessige opptreden.⁶⁹

På bakgrunn av dette kan man si at rettsstilstanden i USA til en viss grad er sammenfallende med den norske, ved at det ikke finnes noen klare regler som automatisk vil føre til ansvarsgjennombrudd. Det må derimot foretas en helhetsvurdering der en rekke ulike faktorer kan spille inn. Som nevnt i punkt 5.1 vil nok også hensynene ved en slik helhetsvurdering i det store og hele være de samme. Det kan derfor være grunn til å se hen til vilkårene og momentene som er relevante etter amerikansk rett også ved vurderingen av om ansvarsgjennombrudd i en konkret sak skal gjennomføres etter norsk rett.

⁶⁶ Clausen s. 960

⁶⁷ Bocker/Grapat s. 68

⁶⁸ Bocker/Grapat s. 68 flg.

⁶⁹ Bocker/Grapat s. 71

5.5 Tyskland

Tyskland har i likhet med Norge to typer aksjeselskaper, nemlig Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) og Aktiengesellschaft (AG). I den grad man skal sammenlikne disse selskapsformene med de norske, tilsvarer GmbH våre aksjeselskaper, mens AG tilsvarer våre allmennaksjeselskaper. Hovedregelen er for begge disse selskapsformene at de er egne rettssubjekter, og at aksjeeierne ikke hefter personlig for selskapets forpliktelser. Ansvarsgjennombrudd omtales i Tyskland som et spørsmål om "Haftungsdurchgriff". Gjennombrudd har av de tyske domstolene i enkelte tilfeller blitt foretatt i forhold til selskaper av typen GmbH. Det har da særlig dreid seg om erstatningsrettslige synspunkter, samt synspunkter om misbruk av selskapsformen. Tysk aksjelovgivning inneholder også regler om ansvarsgjennombrudd for selskaper av typen AG der disse er datterselskaper i et konsern. Under visse forutsetninger hefter da morselskapet for datterselskapets forpliktelser, enten morselskapet er et AG eller et GmbH. Dette vil være tilfelle ved sammenslåing av mor- og datterselskap. Morselskapet vil dessuten ved avtaler om dominans eller gevinstovertakelse være forpliktet til å dekke datterselskapets underskudd dersom dette ikke kan dekkes av selskapets frie egenkapital.⁷⁰

5.6 England

Hovedregelen er også i engelsk rett at et aksjeselskap er et eget rettssubjekt, og at aksjeeierne ikke hefter personlig for selskapets forpliktelser. Prinsippet ble fastslått av House of Lords i dommen *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*⁷¹ Det ble også slått fast at det var uten betydning for ansvarsbegrensningen hvilken hensikt aksjeeieren hadde med selskapsopprettelsen. De engelske domstolene har etter dette vært svært tilbakeholdne med å gjøre unntak fra dette prinsippet. Dette har allikevel skjedd i et fåtall dommer, men det har da vært snakk om tilfeller der aksjeselskapsformen har blitt utnyttet på en klart utilbørlig måte.⁷²

⁷⁰ Avsnittet er basert på af Schultén s. 101-102

⁷¹ [1897] AC 22

⁷² Avsnittet er basert på Broucker/Graptin s. 79-80

6 Vilkårene for ansvarsgjennombrudd

6.1 Innledning

Dersom man anerkjenner at det finnes en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett, blir det neste spørsmålet hva som er vilkårene for anvendelse av en slik regel. Utgangspunktet må her tas i Rt. 1996 s. 672, der Høyesterett uttaler følgende:

”Et eventuelt ansvarsgjennombrudd må – slik jeg ser det – i tilfelle begrunnes hovedsakelig ut fra to typer argumenter. (1) Fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern. De to sett argumenter må ses i sammenheng, og det må foretas en helhetsvurdering.” (s. 678-679)

Det kan spørres hvor mye som skal til før det kan sies at det fremtrer som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen. Andenæs uttaler om dette at ”[d]et utilbørlighetskriterium som her oppstilles, må formentlig forstås som et mer kvalifisert krav enn den forsvarlighetsnorm som er innebygget i uaktsomhetsansvaret. I motsatt fall ville uaktsomhetsansvaret bli forvandlet til et rent objektivt ansvar med en regel om ansvarsgjennombrudd”.⁷³ At det må gjelde en særlig kvalifisert norm for å foreta ansvarsgjennombrudd, synes klart, da det er snakk om å anvende en ulovfestet unntaksregel som vil kunne få dramatiske konsekvenser for aksjeeierne. Nøyaktig hvor grensen vil gå kan imidlertid vanskelig angis i en generell regel. Som Høyesterett uttaler, må det foretas en helhetsvurdering, og denne vil antakelig måtte være temmelig konkret og knyttet opp til fakta i den enkelte sak.

Når Høyesterett sier at ansvarsgjennombrudd *hovedsakelig* må begrunnes ut fra de to nevnte argumentene, må dette innebære at utgangspunktet for en drøftelse om ansvarsgjennombrudd tas i disse to argumentene, og at de vil være de klart viktigste. Hvorvidt det også kan tenkes andre typer argumenter som kan trekkes inn i en vurdering

⁷³ Andenæs, Aksjeselskaper s. 45

av ansvarsgjennombrudd, fremgår ikke av Høyesteretts uttalelse, men det kan neppe utelukkes.

I den helhetsvurderingen som må foretas for å avgjøre om det foreligger grunnlag for ansvarsgjennombrudd, kan mange ulike momenter tenkes å spille inn. Det er derfor grunn til å undersøke det foreliggende rettskildematerialet for å se hvilke momenter som kan anses som de mest relevante i denne sammenhengen. Se nærmere om dette i punkt 6.2.

Det kan videre tenkes at denne helhetsvurderingen vil bli påvirket av kravets art, herunder det rettslige grunnlaget for kravet, samt kreditors og aksjeeiers forhold. Også her er det grunn til å undersøke det foreliggende rettskildematerialet for å finne retningslinjer. Se nærmere om dette i punkt 6.3.

6.2 Momenter i vurderingen

6.2.1 Innledning

I de dommene som kan sies å berøre problemstillingen ansvarsgjennombrudd, er det ofte en rekke ulike momenter som tas i betraktning, og dommene er ofte konkret begrunnet. Det er allikevel enkelte momenter som kan finnes igjen i flere av dommene, og som synes å være sentrale ved bedømmelsen av om ansvarsgjennombrudd kan finne sted. Også i det øvrige rettskildematerialet kan disse momentene gjenfinnes. I det følgende vil jeg gå nærmere inn på disse momentene, og kommentere enkelte dommer der de synes å ha spilt inn ved rettens vurdering. I denne sammenhengen kan det vanskelig opereres med noe klart skille mellom de momentene som spiller inn som utilbørlighetsargumenter, og de som spiller inn som sammenblandingsargumenter. De samme momentene vil kunne være relevante i begge tilfeller, og de vil også kunne flyte over i hverandre. Det kan heller ikke være nødvendig å operere med noe skille her, ettersom Høyesterett uttrykkelig uttaler at argumentene må ses i sammenheng og at det må foretas en helhetsvurdering.

6.2.2 Underkapitalisering

Av momenter som er blitt hevdet å kunne føre til ansvarsgjennombrudd, synes underkapitalisering å være et av de mest sentrale. Spørsmålet er om det faktisk at

selskapet drives med en egenkapital som er utilstrekkelig i forhold til selskapets virksomhet, kan føre til gjennomføring av ansvarsgjennombrudd. En slik situasjon vil være aktuell der et selskap med en høy risikoeksponering driver med en egenkapital som medfører en uforsvarlig risiko overfor tredjeperson. Se for øvrig det som er skrevet i punkt 3.2.1 om underkapitalisering i forbindelse med erstatningsansvar for aksjeeier.

Dersom vi ser hen til the Fisser test i amerikansk rett, jfr. punkt 5.4, finner vi underkapitalisering uttrykkelig nevnt i punkt (e) i the Taylor factors som et moment i vurderingen av om det foreligger control. I tillegg regnes underkapitalisering også blant de momentene som kan føre til at det foreligger abuse. Underkapitalisering må således anses som et sentralt moment ved spørsmålet om ansvarsgjennombrudd i amerikansk rett. Werlauff fremhever dessuten i sitt vilkår nr. (1) underkapitalisering som et sentralt moment i forhold til spørsmålet om ansvarsgjennombrudd i dansk rett, jfr. punkt 5.3. Også i svensk teori er underkapitalisering i denne sammenhengen fremhevet som et sentralt moment, jfr. punkt 5.2.

Werlauff opererer i sin avhandling med tre typer underkapitalisering, nemlig (1) absolutt, formell underkapitalisering, som innebærer at lovens formelle krav til minste innskutte kapital ikke er overholdt, (2) relativ underkapitalisering, som innebærer at selskapets egenkapital er for lav i forhold til risikoen ved selskapets virksomhet, og (3) markedsrelatert underkapitalisering, som innebærer at selskapet har for dårlig kapitalgrunnlag til å kunne motta kreditt på vanlige, markedsmessige vilkår.⁷⁴ I norsk juridisk terminologi benyttes begrepet underkapitalisering stort sett kun i betydning nummer to, altså relativ underkapitalisering. Det er også denne formen for underkapitalisering som synes mest interessant i forhold til det foreliggende rettskildematerialet om underkapitalisering i forbindelse med ansvarsgjennombrudd.

Underkapitalisering var et sentralt tema i Rt. 1979 s. 81. A/L Norske Boligbyggelags Landsforbund (NBBL) var her i realiteten ansatt som forretningsfører for Skogen Borettslag gjennom et lokalt boligbyggelag, og medvirket til at sitt eget datterselskap Eidskog Industrier A/S fikk en byggekontrakt på oppføring av 144 rekkehusleiligheter

⁷⁴ Werlauff, Selskabsmasken s. 518-519

for borettslaget. Datterselskapet var i en vanskelig økonomisk stilling, og måtte anses som underkapitalisert. NBBL måtte være kjent med datterselskapets økonomiske problemer, men unnlot å informere borettslaget om disse. Datterselskapet gikk konkurs før arbeidet var ferdig, og NBBL ble ansett erstatningsansvarlig for merutgiftene dette medførte.

Selv om denne dommen ofte trekkes frem i forbindelse med diskusjonen rundt ansvarsgjennombrudd, er det tvilsomt om den egentlig bygger på en slik lære. Høyesteretts formuleringer tyder snarere på at NBBL ble holdt ansvarlig på erstatningsrettslig grunnlag som følge av brudd på lojalitetsplikten overfor borettslaget:

”NBBL hadde en vanskelig dobbeltstilling i byggesaken. På den ene side er det naturlig at landsforbundet var interessert i at datterselskapet Eidskog Industrier fikk entreprisen. På den annen side skulle NBBL som forretningsfører vareta andelseiernes interesser overfor entreprenøren, og dette verv påla NBBL en streng informasjons- og aktsomhetsplikt. Sett på denne bakgrunn og i betraktning av at Eidskog Industrier var landsforbundets eget datterselskap, må NBBL's medvirkning til kontraktsinngåelsen sterkt kritiseres. Som lagmannsretten uttrykker det, måtte omstendighetene «gi grunn til alvorlig frykt for Eidskog Industriers solvens og derigjennom muligheter til å greie utbyggingen for Skogen Borettslag»” (s. 86-87).

Selv om dommen er konkret begrunnet og antakelig gjelder erstatningsansvar for brudd på lojalitetsplikten i kontraktsforhold, har den såpass likheter med et ansvarsgjennombruddstilfelle at den allikevel må kunne anvendes som argument for at det også i forhold til ansvarsgjennombrudd vil være et moment at et selskap er underkapitalisert.

Også i Rt. 1996 s. 672 sto underkapitalisering sentralt ved rettens vurdering av spørsmålet om ansvarsgjennombrudd. Situasjonen var her at det heleide datterselskapet Kongeparken AS skulle stå for driften av fornøyelsesparken Kongeparken, mens morselskapet Park Holding AS skulle ha eiendomsretten til parken. Da Kongeparken AS gikk konkurs, kjøpte inkassofirmaet Inkassoservice Advokatfirma Mitsem opp en rekke fordringer mot Kongeparken AS, for deretter å gå til sak mot Park Holding AS med påstand om at selskapet måtte anses ansvarlig for fordringene. Inkassofirmaet fikk

ikke medhold, men Høyesterett kom med enkelte prinsipielle uttalelser om vilkårene for et eventuelt gjennombruddsansvar.

Høyesterett sier i denne dommen uttrykkelig at "[e]t ... moment i en utilbørighetsvurdering som nevnt, vil være om Kongeparken AS var underkapitalisert" (s. 679-680). Kongeparken AS hadde en egenkapital på 50.000, som den gang var lovens minstekrav. Retten uttaler at "som eneste egenkapital ville dette åpenbart vært utilstrekkelig" (s. 680). Imidlertid hadde Park Holding AS også ytet Kongeparken AS et lån på 1,6 millioner kroner som måtte anses som ansvarlig lånekapital, og skulle stå tilbake for de øvrige kreditorenes krav. Som følge av dette kunne ikke selskapet anses som underkapitalisert.

Teorien har sett noe ulikt på betydningen av dommen. Krüger har hevdet at dommen slår fast at det i norsk rett finnes en regel om ansvarsgjennombrudd,⁷⁵ mens Fjørtoft mener dommen ikke gir grunnlag for å påstå dette.⁷⁶ Også Grønland avviser at dommen kan gi grunnlag for en lære om ansvarsgjennombrudd.⁷⁷ Det som imidlertid må være sikkert, er at Høyesterett i dommen fastslår at dersom vi i norsk rett har en regel om ansvarsgjennombrudd, så vil underkapitalisering være et av de relevante momentene.

På samme måte som for uaktsomhetsansvaret, kan det videre spørres om underkapitalisering alene kan være tilstrekkelig til å foreta ansvarsgjennombrudd, eller om det kreves ytterligere momenter som trekker i samme retning. I Rt. 1979 s. 81 forelå det, som nevnt ovenfor, også andre forhold som spilte inn da aksjeeieren ble ilagt ansvar. Denne dommen er derfor ikke avklarende, enten man anser den som et tilfelle av ansvarsgjennombrudd eller ikke. Det synes heller ikke å foreligge andre dommer der en aksjeeier holdes ansvarlig etter en regel om ansvarsgjennombrudd eller lignende betraktninger, utelukkende på bakgrunn av underkapitalisering.

I den ovenfor siterte uttalelsen fra Rt. 1996 s. 672 ble det imidlertid uttalt at selskapets egenkapital i utgangspunktet var "åpenbart utilstrekkelig". Det uttales ikke om dette

⁷⁵ Krüger i JV s. 289 og i noe mer moderat form i Krüger i Juristkontakt s. 7-8

⁷⁶ Fjørtoft s. 313-314

⁷⁷ Grønland s. 110

ville ha ført til ansvarsgjennombrudd dersom det ikke hadde foreligget ansvarlig lånekapital i tillegg, men uttalelsen kan allikevel trekke i retning av at underkapitalisering etter omstendighetene vil være tilstrekkelig til å foreta ansvarsgjennombrudd. I samme retning trekker Høyesteretts formulering i samme dom, der det sies at det må foretas en helhetsvurdering. I forhold til en slik helhetsvurdering kan det neppe på forhånd utelukkes at det vil kunne oppstå tilfeller der et av de relevante momentene gjør seg gjeldende med en slik styrke at det må anses tilstrekkelig til å foreta ansvarsgjennombrudd.

Ansvarsgjennombrudd på bakgrunn av underkapitalisering alene må uansett ses i sammenheng med det som sies i punkt 6.3.4 om aksjeeiers forhold. Det bør kreves at den aksjeeier det er snakk om å holde ansvarlig for selskapets forpliktelser, har en slik kontroll over selskapet at vedkommende kan anses ansvarlig for at selskapet har opptrådt med den uforsvarlige egenkapitalen. En mindretallsaksjeeier med liten eller ingen innflytelse på selskapets drift, kan vanskelig holdes ansvarlig på dette grunnlaget.

6.2.3 Dominerende rådighet

Et annet moment som ofte trekkes frem i forbindelse med ansvarsgjennombrudd, er dominerende rådighet. Kan det faktisk at et selskap domineres av sine eiere, føre til at disse må anses personlig ansvarlige for selskapets forpliktelser etter en regel om ansvarsgjennombrudd? Problemstillingen er berørt i NOU 1996: 3 s. 127, der utvalget uttaler følgende:

”Utvalget vil i tilknytning til det som er sagt i avsnittet over, peke på at hvis generalforsamlingen benytter instruksjonsmyndigheten i et omfang som i realiteten innebærer at forvaltningen av selskapet overtas av aksjeeierne, kan dette føre til at ansvarsbegrensningen etter vanlig rettsoppfatning settes tilside etter prinsippet om ansvarsgjennombrudd.”

Uttalelsen tyder på at det finnes en grense for hvor langt aksjeeierne kan gå i å overstyre selskapets lovlige organer når det gjelder forvaltningen av selskapet. Dette kan ses på som utslag av et mer grunnleggende prinsipp som går ut på at dersom man skal kunne nyte godt av ansvarsbegrensningen i aksjeloven og allmennaksjeloven, må man også følge de spilleregler lovene legger opp til. Lovene inneholder en rekke kompetanse- og

ansvarsregler som er ment å føre til en rettferdig avveining av de ulike interessene i et selskapsforhold.

I Rt. 1996 s. 672 uttaler Høyesterett følgende i forhold til spørsmålet om dominerende rådighet kan gi grunnlag for ansvarsgjennombrudd:

”Innledningsvis finner jeg grunn til å bemerke at det i seg selv ikke kan gi grunnlag for ansvarsgjennombrudd at det foreligger en oppdeling i et eierselskap og et driftsselskap. En slik oppdeling er ikke uvanlig, og indikerer i seg selv ikke noe utilbørlig i forhold til kreditorene eller noen sammenblanding mellom selskapene. Heller ikke kan det begrunne ansvarsgjennombrudd at morselskapet har full kontroll over datterselskapet gjennom sitt eierskap og sine styrerepresentanter. Også dette vil være helt regulært og ikke noe utilbørlig” (s. 679).

Dersom dominerende rådighet skal kunne føre til ansvarsgjennombrudd, kreves det altså noe mer enn at en virksomhet er skilt ut som eget selskap og at aksjeeierne har full kontroll over selskapet. Det kan imidlertid tenkes situasjoner der det i realiteten er aksjeeierne som fatter alle beslutninger i selskapet, uten å gå veien om selskapets lovlige organer. Dette kan eksempelvis tenkes som resultat av oppfyllelse av aksjeeieravtaler.⁷⁸ Som sitatet ovenfor viser, kan det ikke være tilstrekkelig at aksjeeierne har full kontroll over selskapets beslutninger gjennom sine styremedlemmer. Det er misbrukstilfellene som i tilfelle må rammes, særlig der den dominerende rådigheten fører til en sammenblanding mellom aksjeeierens og selskapets forhold. Dette er i tråd med det Høyesterett uttaler om sammenblanding som et hovedargument i den helhetsvurderingen som må ligge til grunn for et eventuelt ansvarsgjennombrudd.

Når det gjelder amerikansk rett, synes dominerende rådighet å være et nødvendig vilkår for å konstatere ansvarsgjennombrudd. Som nevnt i punkt 5.4 regnes dette som et spørsmål om control, og dersom vi ser på the Taylor factors, gjelder de fleste av disse typiske utslag av dominerende rådighet. Også Werlauff trekker frem dominerende

⁷⁸ Lowzow & Reed s. 139

rådighet som noe som kan føre til ansvarsgjennombrudd etter dansk rett i sitt vilkår nr. (2), men den dominerende rådigheten forutsettes av Werlauff da å ha skjedd utenfor generalforsamlingen, jfr punkt 5.3.

I Rt. 1932 s. 1015 var situasjonen at en grunneier hadde solgt vannrettigheter tilhørende sin eiendom til et gruveselskap. Grunneieren betinget seg i forbindelse med salget rett til fri levering av strøm fra gruvens elektrisitetsverk. Gruveselskapet pantsatte vannrettighetene sammen med resten av sin eiendom som sikkerhet for et banklån. Banklånet ble misligholdt, og Den norske Creditbank kjøpte eiendommen på tvangsauksjon. Banken opprettet deretter det nye selskapet A/S Nye Dalen Gruber. Selskapet hadde minimal aksjekapital, og dets styre besto av bankens advokat og dens funksjonærer. Eiendommen ble overdratt til det nye selskapet, mens banken i praksis fortsatte å ha rådigheten over eiendommens bruk og dens inntekter. Strømleveringsplikten ble av Høyesterett ansett som en tinglig grunnbyrde som forpliktet eiendommens eier. Til tross for at det formelt var A/S Nye Dalen Gruber som var eier, ble banken holdt ansvarlig for strømleveransene også etter overdragelsen av eiendommen.

Dommen synes å bygge på et synspunkt om dominerende rådighet.⁷⁹ Situasjonen var således slik at banken i realiteten eide alle aksjene, og selskapets styre besto i sin helhet av bankens advokat og noen av dens funksjonærer. Banken behandlet videre eiendommen som sin egen, og disponerte selv over inntektene den kastet av seg. Alle avgjørelser om styringen av eiendommen ble dessuten fattet i banken, uten at det ble fattet formelle vedtak i Nye Dalen Grubers organer.

Spørsmålet er så om denne dommen gjelder et tilfelle av ansvarsgjennombrudd. Dommen kan muligens ses som et utslag av tingsrettslig tilordning, ved at Høyesterett i realiteten anså det slik at banken var den reelle eier av gruvene.⁸⁰ Nært beslektet med denne synsvinkelen er å anse opprettelsen av A/S Nye Dalen Gruber som en proformaopprettelse. Det er allikevel ut fra flertallets uttalelser mer nærliggende å se det

⁷⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 95-96

⁸⁰ Asmundsson/Gustavsson s. 271

slik at det var overføringen av eiendomsretten, og ikke opprettelsen av selskapet, som var proforma.⁸¹ Særlig følgende uttalelse i flertallets votum synes å støtte en slik synsvinkel:

”Jeg maa se forholdet slik at dannelsen av selskapet og overføringen av rettighetene til dette er at regne som et indre arrangement fra bankens side for at gjøre sine eiendeler ferdige til salg. Banken har av rent administrative grunner dannet et for eiendommens salg teknisk hensiktsmessig redskap og har legitimert dette redskap til at overføre rettighetene naar en virkelig salgsadgang forelaa. Det er altsaa, slik som jeg ser det, ikke skjedd noen materiell overdragelse av bankens verdier, som faar betydning i relasjoner hvor det reelle forhold og ikke legitimasjonen regnes avgjørende” (s. 1018).

På bakgrunn av dette må dommen antakelig sies å gjelde et tilordningstilfelle. Den har allikevel såpass sterke likheter med et tilfelle av ansvarsgjennombrudd at det må anses berettiget å anvende dommen som et argument for å legge vekt på dominerende rådighet som et relevant moment også i forhold til ansvarsgjennombrudd.

Beslektet med denne dommen er Rt. 1937 s. 21. En panthaver ble her holdt ansvarlig for betaling av hyre sammen med rederiet. Byretten, som Høyesterett enstemmig sluttet seg til, uttalte i den sammenheng:

”Etter sjølovens §273 blir eieren personlig ansvarlig for sjøfordringer, når skibet frivillig selges til utlandet. Direkte har denne bestemmelse ikke anvendelse på skibets panthaver. Men således som forholdet var i dette tilfelle, hvor panthaveren faktisk hadde hånd og hals over skibets drift og avgjørelsen ved skibets salg og kjøpesummens innbetaling, antar retten at bestemmelsen må få analogisk anvendelse på panthaveren således at denne blir solidarisk ansvarlig med rederiet” (s. 25).

Dommen avviker noe fra problemstillingen i denne oppgaven for så vidt den omhandler ansvar for panthaver og ikke for aksjeeier, men hensynene som ligger bak må antas å være de samme, idet det både i dommen og ved tilfeller av ansvarsgjennombrudd er

⁸¹ Knudsen, Gjeldsansvar s. 114

snakk om å holde en tredjeperson solidarisk ansvarlig for forpliktelser som i utgangspunktet ikke påligger denne. Det avgjørende for Høyesterett ser ut til å ha vært den høye grad av kontroll panthaveren hadde over skipets skjebne. Dommen kan derfor tyde på at det også i forhold til ansvarsgjennombrudd vil være relevant at en aksjeeier har dominerende rådighet over selskapet. En aksjeeier må således sies å ha en nærmere tilknytning til et selskap enn det en panthaver har. På denne bakgrunn kan det hevdes at det vil være enda større grunn til å la dominerende rådighet føre til ansvarsgjennombrudd i forhold til en aksjeeier enn en panthaver.

En annen dom som også legger vekt på momentet dominerende rådighet, er Rt. 1937 s. 600. Her var forholdet at en bank hadde overtatt et skip den hadde pant i. I denne sammenheng ble skipsaksjeselskapet A/S Fossnes opprettet, og banken engasjerte disponentfirmaet Gørrissen, som utgjorde selskapets styre, mens banken var selskapets hovedaksjeeier. Etter å ha opptrådt ansvarsbetingende i forbindelse med en avtale om fusjon, ble Gørrissen og A/S Fossnes holdt ansvarlige. Det interessante er imidlertid at også banken ble holdt ansvarlig ved siden av disse. Høyesterett sluttet seg enstemmig til den dømmende kommissær, som utgjorde mindretallet i første instans. Denne uttalte blant annet følgende:

”Ved sin medvirken til dette pliktbrudd har A/S Fossnes og Gørrissen ikke alene pådratt sig selv, men også banken ansvar. Den saksøkte bank har visstnok ikke selv eller i eget navn umiddelbart deltatt i de omhandlede transaksjoner. Det må dog også medgis som overveiende sannsynlig at bankens egne vedkommende, efterat banken hadde overdratt til skibsreder Gørrissen å stille med disse affærer, ikke bekymret sig om hans planer og midler og ikke nærmere undersøkte disse. Banken var for så vidt i god tro. Men banken må dessuaktet være ansvarlig for de av A/S Fossnes og skibsreder Gørrissen i bankens interesse foretatte transaksjoner, som banken finansierte uten å øve kritikk. A/S Fossnes var bankens egen skapning, og banken var både reelt og formelt enerådende i selskapets anliggender, og selskapets bestyrer var bankens befullmektigede, og når han optrådte, var det utelukkende i kraft av det almindelige opdrag banken hadde gitt ham” (s. 611).

Det kan så spørres hva som er det rettslige grunnlaget for bankens ansvar i denne dommen. Det foretas i dommen ingen uaktsomhetsvurdering, og av sammenhengen i dommen fremgår det at ansvaret ble ilagt på et rent objektivt grunnlag. Den kan altså

ikke begrunnes i culpaansvaret. Andenæs anser tilsynelatende dommen som et utslag av arbeidsgiveransvaret, og kritiserer den på dette grunnlag.⁸² Hagstrøm mener på sin side at det er mest nærliggende å si at dommen bygger på rene identifikasjonssynspunkter.⁸³ Tilsvarende ser Asmundsson/Gustavsson på dommen som et eksempel på at ”aksjonæren kan bli ansvarlig etter ulovfestede identifikasjonsprinsipper for culpøse handlinger i hans interesse foretatt av styremedlemmer med særlig tilknytning til ham”.⁸⁴

Det kan spørres hva som nærmere ligger i disse identifikasjonssynspunktene. Som nevnt i punkt 4.1 kan ansvarsgjennombrudd nettopp anses som en form for ulovfestet identifikasjon. Hvorvidt man anser dommen for å være et utslag av en særlig regel om identifikasjon, med klare likheter med organansvaret, eller som et utslag av en regel om ansvarsgjennombrudd, blir nærmest et terminologisk spørsmål. Dommen gjaldt et klart tilfelle av dominerende rådighet og enten den kan sies å være eksempel på et rent tilfelle av ansvarsgjennombrudd eller ikke, må dommen uansett kunne tas til inntekt for at dominerende rådighet vil kunne føre til utvidet aksjeeieransvar ved anvendelsen av en eventuell ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. Som tidligere nevnt er det en uklar og flytende grense mellom de ulike grunnlagene for utvidet aksjeeieransvar.

Også Rt. 1970 s. 871 har vært trukket frem i forbindelse med diskusjonen om dominerende rådighet som et moment i forbindelse med ansvarsgjennombrudd. Nils Marthinussen var disponent i Håbrandeksportørenes Forening, Italiagruppen. Han hadde uberettiget bedrevet eksport utenfor foreningen og ble idømt erstatning som følge av dette. I tillegg ble også to selskaper han hadde benyttet seg av i forbindelse med eksporten, holdt ansvarlige ved siden av Marthinussen. For det ene selskapets vedkommende var det dissens 4-1, og flertallet uttalte følgende:

”Det var nær sammenheng mellom Marthinussens uberettigede opptreden overfor Italiagruppen og de forretningsmessige disposisjoner som ble foretatt gjennom selskapene Marthinussens Fryseanlegg A/S og E. Marthinussen & Søn A/S. Jeg må etter

⁸² Andenæs, Det 30. nordiske s. 186-187

⁸³ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 96

⁸⁴ Asmundsson/Gustavsson s. 232-233

det opplyste gå ut fra at Nils Marthinussen øvde bestemmende innflytelse på disse forretningsmessige disposisjoner. Under disse omstendigheter og i betraktning av at Marthinussen hele tiden var styreformann i fryseselskapet, er jeg som nevnt kommet til at også dette selskap må være medansvarlig for det erstatningskrav Italiagruppen har gjort gjeldende” (s. 878).

Den kan spørres om denne dommen egentlig er relevant i forhold til diskusjonen om ansvarsgjennombrudd. Hagstrøm omtaler dommen som et prejudikat for at ansvarsgjennombrudd kan foretas overfor aksjeeiere som har den faktiske rådigheten i et selskap, uten å være hovedaksjeeier.⁸⁵ Fjørtoft avviser på sin side at dommen gir grunnlag for å hevde dette, og mener at dommen er irrelevant i forhold til spørsmålet om ansvarsgjennombrudd, fordi de to selskapenes ansvar var avledet av disponentens ansvar og ikke omvendt.⁸⁶ Asmundsson/Gustavsson mener dommen kun er et eksempel på anvendelse av organansvaret.⁸⁷ Også Knudsen avviser at dommen gjelder et tilfelle av ansvarsgjennombrudd.⁸⁸

At dommen ikke direkte omhandler en ansvarsgjennombruddssituasjon, må være klart. Det var ikke snakk om å pålegge en aksjeeier ansvar for en forpliktelse som i utgangspunktet pålås selskapene. Det kan derfor være noe usikkert om dommen gir grunnlag for en slik slutning som Hagstrøm trekker. Dommen illustrerer uansett hvordan en aksjeeier kan ha den faktiske rådigheten i et selskap uten å være hovedaksjeeier, og kan således sies å være relevant også når det gjelder den tilsvarende problemstillingen i forhold til ansvarsgjennombrudd. Ansvarsgjennombrudd overfor minoritetsaksjeeiere behandles nærmere i punkt 6.3.4.

Disse eksemplene tyder på at dominerende rådighet må anses som et sentralt moment i forhold til ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Særlig i tilfeller der en aksjeeier har misbrukt sin dominerende rådighet til skade for selskapets kreditorer, vil det kunne være grunn til å foreta ansvarsgjennombrudd.

⁸⁵ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 97

⁸⁶ Fjørtoft s. 311

⁸⁷ Asmundsson/Gustavsson s. 225-226

⁸⁸ Knudsen, Gjeldsansvar s. 109-110

6.2.4 Tapping av selskapsmidler

Videre nevnes også tapping av selskapsmidler ofte som et moment som spiller inn ved vurderingen av ansvarsgjennombrudd. Dette momentet er beslektet med dominerende rådighet på den måten at den som står for tappingen ofte er en som har dominerende rådighet i selskapet, og benytter denne til å tappe selskapet for midler.

Når det gjelder ansvar for tapping av selskapsmidler, finnes det allerede regler i aksjeloven og allmennaksjeloven som skal beskytte mot dette. Asl/asal § 3-7(1) slår fast at ulovlige utbetalinger skal tilbakeføres til selskapet. Bestemmelsenes annet ledd fastslår at den som medvirker til en slik utdeling er erstatningsansvarlig. Disse bestemmelsene vil være nyttige for å motvirke tapping. De gjelder imidlertid kun til fordel for selskapet, og vil derfor bare kunne påberopes av selskapet eller dets konkursbo. Kravet om rettslig interesse i tvistemålslovens §§ 53 og 54 er til hinder for at den enkelte kreditor kan påberope seg reglene i asl/asal § 3-7.⁸⁹ Er kreditor en annen aksjeeier, vil han imidlertid kunne være hjulpet gjennom bestemmelsen i asl/asal § 17-4(1), jfr § 17-7(2).

Tapping av selskapsmidler vil etter amerikansk rett kunne føre til at det anses å foreligge abuse, som er et av vilkårene for ansvarsgjennombrudd etter the Fisser test. Videre kan tapping av selskapsmidler også sies å falle inn under punkt (i) i the Taylor factors ved undersøkelsen av om det foreligger control, jfr. punkt 5.4. Werlauff trekker i sin fremstilling av vilkårene for ansvarsgjennombrudd i dansk rett, frem tapping av selskapsmidler i vilkår nr. (3). Også hans vilkår nr. (5) kan ses på som en variant av tapping, jfr. punkt 5.3.

En dom der tapping av selskapsmidler sto sentralt, er Rt. 1985 s. 1221. Saken gjaldt et sykehus som var organisert som aksjeselskap. Sykehuset var tatt med i fylkets helseplan, slik at fylket skulle dekke alle driftsutgifter utover folketrygdens refusjon. Sykehusets administrerende overlege Leif Hærum var også hovedaksjeeier og styremedlem i sykehuset, og eide dessuten sykehusets bygninger som han leide ut til aksjeselskapet. Hærum hadde således en dobbeltrolle ved forhandlingen om husleie, og

⁸⁹ Lov 13. august 1915 nr. 6: Lov om rettergangsmåten for tvistemål

overførte til seg selv over 1,6 millioner kroner utover den husleien som var godkjent av fylkeskommunen og Sosialdepartementet. Som følge av dette ble han holdt ansvarlig for tilbakebetalingskravet ved siden av selskapet. Selskapet var også underkapitalisert, men ut fra domspremissene synes dette ikke å ha vært avgjørende for sakens utfall.

Høyesterett uttaler følgende:

”Jeg finner at Leif Hærum må være ansvarlig ved siden av aksjeselskapet for tilbakebetalingskravet. Det er her tilstrekkelig å peke på at fylket allerede fra første regnskapsår har gjort det helt klart at overskuddene ikke måtte disponeres uten fylkesmannens samtykke. Overlege Hærum disponerte den konto hvor fylkets innbetalinger til sykehusdriften ble innsatt. Han har enten i egenskap av administrerende overlege eller i kraft av sin stilling i aksjeselskapet overført til seg selv i alt kr. 1642905 til dekning av husleie som ikke var godkjent av fylket. Det ble ikke gitt opplysninger til fylket om overføringene, som heller ikke fremgikk av de fremlagte regnskaper for sykehuset. Ved siden av at det hele tiden har vært klart at overføring av husleiebeløpene var i strid med fylkets disposisjonsforbud, må det etter mitt syn legges til grunn at fylkets avgjørelse om å nekte å godta husleiebeløpene var rettslig holdbar. Det må videre antas at overlege Hærum også ellers har disponert over midlene i strid med disposisjonsforbudet. Det er på det rene at aksjeselskapet på grunn av de foretatte utbetalinger ikke kan dekke fylkets krav fullt ut” (s. 1234).

Spørsmålet er så om dommen er et eksempel på ansvarsgjennombrudd, eller om den kun er et tilfelle av culpaansvar. Høyesterett sier ikke noe sted i dommen uttrykkelig hva den bygger på. Sitatet ovenfor tyder imidlertid på at retten anså Hærums handlemåte som klanderverdig, og det kan ikke være noe i veien for å anse dommen som et eksempel på idømmelse av culpaansvar. Det er derfor ikke nødvendig å forklare den som et utslag av en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd.

Selv om dommen antakelig ikke gjelder et tilfelle av ansvarsgjennombrudd, er den allikevel en god illustrasjon på et tilfelle der det forelå underkapitalisering, dominerende rådighet og tapping av selskapsmidler i et og samme selskapsforhold. Det kan hevdes at saksforholdet var slik fylkeskommunen også kunne ha bygget sitt krav på en regel om ansvarsgjennombrudd, og i så fall vil dommen utgjøre en god illustrasjon på hvordan

tapping av selskapsmidler vil kunne komme inn som et sentralt moment i en slik vurdering.

Tapping av selskapsmidler var også et sentralt moment i Rt. 1993 s. 20. Øivind Sjødal var her styreformann og minoritetsaksjeeier i et selskap som var blitt avviklet uten at kreditorene hadde fått dekning, til tross for at det hadde skjedd utbetaling til aksjeeierne. Ettersom Sjødals tapping av selskapsmidler kun var rettet mot selskapet, og bare medførte et indirekte tap for kreditorene, kom Høyesterett til at verken asl (1976) §§ 15-1 eller 13-15 ga kreditorene en rett til å gå til direkte søksmål mot Sjødal. En slik rett hadde kun selskapet eller dets konkursbo. Høyesterett kom allikevel til at kreditorenes krav måtte tas til følge, og bygget i den sammenheng på ”en totalvurdering av saksforholdet, herunder handlemåten til de personer som sto bak selskapet, og på kreditorenes rett til å få dekket sine krav før selskapsmidler tas ut av aksjonærene” (s. 27).

Antakelig er denne dommen et eksempel på at Høyesterett i realiteten benyttet seg av en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. Se nærmere om dette i punkt 4.5. Dersom dette er tilfelle, er dommen et klart eksempel på at tapping av selskapsmidler vil være et svært relevant moment i en slik vurdering.

Også i drøftelsen av ansvarsgjennombrudd i Rt. 1996 s. 672 kom Høyesterett inn på en vurdering som kan ses som en variant av tapping. Det ble vurdert hvorvidt det forelå ”økonomisk ubalanse mellom selskapene”. I den aktuelle saken var det ikke tilfelle, men etter omstendighetene må en slik økonomisk ubalanse kunne være et moment som taler for ansvarsgjennombrudd. Eksempelvis kan ordninger som pålegger et selskap å dekke alle utgifter i forbindelse med driften, mens alle inntekter skal tilføres aksjeeieren, ses ut fra en slik synsvinkel.

6.2.5 Sammenblanding

Et siste moment som bør fremheves som relevant i forhold til ansvarsgjennombrudd, er sammenblanding av aksjeeiers og selskapets forhold. Dersom skillet mellom aksjeeier og selskap verken formelt eller reelt er forsøkt opprettholdt, kan mye tale for at aksjeeierne heller ikke bør nyte godt av ansvarsbegrensningen. En slik sammenblanding vil blant annet kunne føre til at det er vanskelig for selskapets medkontrahenter å foreta

en reell vurdering av selskapets økonomiske situasjon. Det kan være grunn til å la risikoen for feilvurderinger i en slik situasjon falle på aksjeeierne som er ansvarlige for sammenblanding, snarere enn å la den falle på kreditorene.

Sammenblanding som et moment i vurderingen av spørsmålet om ansvarsgjennombrudd, har klare fellestrekk med, og flyter til dels over i, momentene dominerende rådighet og tapping av selskapsmidler. Således vil ofte sammenblanding bestå i at en dominerende aksjeeier har behandlet selskapets midler som sine egne og derved tappet selskapet for midler. Enkelte av dommene som er behandlet i punktene 6.2.3 og 6.2.4, kan derfor også ses på som tilfeller av sammenblanding. Dette gjelder særlig Rt. 1932 s. 1015 og Rt. 1985 s. 1221.

Brunsvig kommer, i sin oppramsing av forhold han mener vil kunne tale for ansvarsgjennombrudd i konsernforhold, med flere forhold som må sies å gjelde sammenblandingstilfeller. Disse er (1) at utgifter og inntekter behandles tilfeldig mellom selskapene avhengig av hvem som har behov for likvider, (2) at det ikke foreligger noe skikkelig mellomregnskap i konsernforholdet, (3) at det foregår en utstrakt bruk av gjensidige sikkerhetsstillelser for hverandres gjeld, (4) at det skjer felles regnskapsførsel, og (5) at det er felles reell styring i selskapene.⁹⁰

Selv om disse hensynene er mest aktuelle i konserntilfeller, er det lett å se at flere av dem også vil kunne være aktuelle i andre tilfeller, og kanskje særlig i mindre virksomheter som drives av en eneaksjeeier.⁹¹

Flere av momentene i the Taylor factors fra amerikansk rett kan sies å gjelde ulike former for sammenblanding, jfr. punkt 5.4. Det samme kan sies om Werlauffs vilkår nr. (4) i forhold til ansvarsgjennombrudd i dansk rett, jfr punkt 5.3.

I Rt. 1996 s. 672 foretas det en uttrykkelig vurdering av hvorvidt det har foreligget sammenblanding mellom morselskapet og datterselskapet. Høyesterett kommer frem til

⁹⁰ Brunsvig s. 71

⁹¹ Asmundsson/Gustavsson s. 279

at dette ikke er tilfelle, og uttaler i den sammenheng: ”Det har ikke skjedd felles regnskapsførsel for selskapene, bortsett fra i en måned nær opptil konkurstidspunktet. Inntekter og utgifter er iallfall i det alt vesentlige henført der de hører hjemme” (s. 680). Når Høyesterett går inn på en slik vurdering, må det være trygt å anta at dersom det ikke føres separate regnskaper for aksjeeier og selskap, og inntekter og utgifter ikke plasseres der de hører hjemme, så må dette etter omstendighetene være momenter som taler for ansvarsgjennombrudd.

Det har vært diskutert hvorvidt sammenblanding er et nødvendig vilkår for å foreta ansvarsgjennombrudd. Slik Høyesterett formulerte seg i Rt. 1996 s. 672, er dette antakelig ikke tilfelle.⁹² Som understreket tidligere er det en helhetsvurdering som må foretas, og slike absolutte vilkår kan antakelig ikke oppstilles.

6.3 Betydningen av kravets art

6.3.1 Innledning

En annen problemstilling er hvilken virkning kravets art skal ha på adgangen til å foreta ansvarsgjennombrudd. Problemstillingen berøres i Ot. prp. nr. 23 (1996-97) s. 117:

”Det er imidlertid grunn til å peke på at det generelt synes større grunn til å tillate ansvarsgjennombrudd i forhold til morselskaper i et konsern enn i en del andre tilfeller, og videre når det gjelder erstatningsansvar overfor tredjepersoner (for eksempel for miljø- og personskafe) enn for ansvar i kontraktsforhold hvor medkontrahenten selv kan vurdere det kontraherende selskaps stilling. Ved vurderingen av spørsmål knyttet til gjennomskjæring bør det legges vekt på å unngå at det ansvar som kan følge av annen lovgivning, mister sin realitet.”

Selv om alle disse momentene vil kunne være relevante i forhold til hvorvidt ansvarsgjennombrudd kan foretas eller ikke, er det viktig å være oppmerksom på at det som Høyesterett fremhever i Rt. 1996 s. 672 må foretas en helhetsvurdering. Disse momentene vil derfor verken være nødvendige eller tilstrekkelige for å foreta

⁹² Aarbakke m. fl. s. 34-35

ansvarsgjennombrudd, men vil kunne være med på å påvirke utfallet av denne helhetsvurderingen.

6.3.2 Det rettslige grunnlaget for kravet

Som påpekt i sitatet fra odelstingsproposisjonen kan det være grunn til å skille mellom de tilfellene der kreditors krav bygger på et kontraktsforhold og de tilfellene der kravet bygger på reglene om erstatning utenfor kontrakt. I de førstnevnte tilfellene har kreditor frivillig inngitt seg med selskapet, og det kan hevdes at vedkommende da i større grad bør bære risikoen for selskapets organisering enn de som ufrivillig har blitt kreditorer. Disse vil ikke ha hatt noen mulighet til å vurdere selskapets økonomiske forhold. Det kan derfor argumenteres med at det lettere vil anses som utilbørlig at en som lider tap som følge av en skadevoldende handling, skal bli stående igjen med ingen eller minimal erstatning, eksempelvis fordi et morselskap har skilt ut den potensielt skadevoldende enheten i et eget datterselskap med minimal kapital og liten reell atskillelse fra morselskapet.

Et område der ansvarsgjennombrudd kan være særlig aktuelt, er ved større naturkatastrofer, som blant annet kan skyldes oljesøl eller andre utslipp i naturen. Dette er særskilt blitt fremhevet i det pågående arbeidet med ny svensk aksjelovgivning.⁹³ I disse tilfellene vil det kunne være særlig aktuelt å holde aksjeeieren ansvarlig for å unngå at myndighetene eller grunneierne blir sittende med hele regningen for opprydningsarbeidet, og dessuten å gi aksjeeierne et sterkt incitament til å fokusere på sikkerhet og forebyggende tiltak ved virksomheter som medfører risiko for miljøskade. På den annen side kan slike katastrofer, der erstatningsbeløpene ofte vil komme opp i ruinerende beløp, sies å illustrere selve begrunnelsen for at ansvarsbegrensningen i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper er så nødvendig. Dersom aksjeeiere risikerte å bli holdt personlig ansvarlig for slike erstatningskrav, ville dette kunne begrense lysten til å investere kapital i potensielt miljøskadelige, men like fullt nødvendige, virksomheter betraktelig.

⁹³ SOU 2001: 1 s. 289 flg. og Lagrådsremiss 6 maj 2004: Ny aktiebolagslag s. 205-206

Man må imidlertid ta med i betraktningen at et selskap som bedriver virksomhet med et høyt skadepotensiale, i mange tilfeller vil kunne tegne en ansvarsforsikring. Dersom selskapet ikke har ønsket å sikre seg på denne måten, eller det ikke finnes forsikringsselskaper som er villige til å forsikre virksomheten på grunn av den høye risikoen, kan det hevdes at det heller ikke er rimelig å utsette tredjepersoner for denne risikoen uten at aksjeeierne selv risikerer ansvar.

Spørsmålet om et lovfestet ansvarsgjennombrudd for miljøskader ble for øvrig behandlet i Ot. prp. nr. 33 (1988-89) om erstatningsansvar for forurensningsskade. Det ble den gang konkludert på følgende måte:

”Departementet kan ikke se at det foreligger tilstrekkelig grunn til at kreditor etter et krav om forurensningserstatning skal komme i noen bedre stilling enn selskapets øvrige kreditorer når det gjelder muligheten til å skjære gjennom aksjeselskapsformen og gjøre et direkte ansvar gjeldende overfor aksjeeierne” (s. 68).

Det kan spørres om dette fortsatt må legges til grunn som utgangspunktet i gjeldende rett. At hensynet til miljøet er noe som har blitt vektlagt i stadig større grad de siste årene, kan være et moment som trekker i motsatt retning. I denne sammenhengen kan det også vises til de svenske forarbeidene nevnt ovenfor, der man stiller seg positiv til en særlig regel om ansvarsgjennombrudd for miljøskader.

Uttalelsen er også problematisk i så måte at den synes å likestille kreditorer som har krav som følge av et kontraktsforhold med selskapet, og kreditorer som har krav som følge av skadevoldende handlinger fra selskapets side. Som nevnt innledningsvis i dette punktet kan mye tale for at adgangen til ansvarsgjennombrudd bør være noe større i forhold til sistnevnte kreditorer.

6.3.3 Kreditors forhold

Problemstillingen er så hvilken betydning kreditors forhold har for adgangen til å foreta ansvarsgjennombrudd. En forutsetning for at denne problemstillingen i det hele tatt kan bli aktuell, er at en lære om ansvarsgjennombrudd åpner for å stille ulike kreditorer ulikt. Denne siden av problemstillingen behandles nærmere i kapittel 7.

Når det gjelder de frivillige kreditorene, kan disse plasseres på en skala fra profesjonelle aktører, som f. eks. banker og andre store bedrifter, til forbrukere og mindre forretningsforbindelser. Førstnevnte vil i de fleste tilfeller ha bedre forutsetninger for å foreta en inngående risikoanalyse av selskapet før de inngår en avtale, og vil gjennomgående også gjøre dette dersom det er snakk om store beløp. Deres krav for beskyttelse i form av et særlig gjennombruddsinstitutt synes derfor ikke å være så stort som behovet til relativt uprofesjonelle medkontrahenter uten reelle muligheter til å undersøke de økonomiske realitetene bak selskapet. Et eksempel på at kreditorenes profesjonalitet tilsa at det ikke var grunnlag for ansvarsgjennombrudd har vi i Rt. 1996 s. 742, der Høyesterett på s. 758 uttaler: ”Minnor opptok lån i finansinstitusjoner som alle var klar over at det var Minnor som sto som debitor, ikke eierselskapene. De var også klar over at virksomheten var risikofylt. Jeg kan ikke se at det på noen måte kan anses utilbørlig at ansvarsbegrensningen opprettholdes i forhold til disse.”

Det faktum at kreditor da denne innlot seg med selskapet var klar over forholdene som begrunner et ansvarsgjennombrudd, må antakelig føre til at vedkommende kreditor ikke kan påberope seg dette. Dette kan ses på som et utslag av en lære om aksept av risiko, og illustreres i forhold til underkapitalisering i Rt. 1934 s. 412. Selv om dommen direkte gjaldt erstatningsansvar for styremedlemmer, må det være grunn til å la den samme regelen gjelde i forhold til ansvarsgjennombrudd.⁹⁴

6.3.4 Aksjeeiers forhold

På samme måte som for kreditor, kan det spørres hvilken betydning aksjeeiers forhold har for adgangen til å foreta ansvarsgjennombrudd. Kreves det at aksjeeieren eier en majoritet av aksjene i selskapet, eller kan ansvarsgjennombrudd også tenkes overfor en minoritetsaksjeeier som til tross for sin minoritetsposisjon utøver bestemmende rådighet i selskapet? En slik rådighet kan tenkes å være basert på stemmerettsregler, aksjeeieravtaler eller som følge av verv. I denne sammenhengen har Rt. 1970 s. 871 interesse. Situasjonen i dommen var den motsatte av det man vanligvis tenker på som ansvarsgjennombrudd, ettersom det var snakk om å holde to selskaper medansvarlige for en aksjeeiers forpliktelser, og ikke omvendt. I dommen ble det godtatt at et selskap

⁹⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 94

som var blitt brukt som instrument for en aksjeeiers urettmessige eksportvirksomhet, ble holdt medansvarlig med aksjeeieren selv om denne var minoritetsaksjeeier. Dette kan tale for at det heller ikke i forhold til ansvarsgjennombrudd er noe absolutt krav om at aksjeeieren er hovedaksjeeier. Dommen behandles nærmere i punkt 6.2.3.

Et eksempel på at en aksjeeier som ikke var hovedaksjeeier ble idømt ansvar for selskapets forpliktelser, er Rt. 1993 s. 20. Dommen behandles nærmere i punktene 4.5 og 6.2.4. Dersom denne dommen er å anse som et tilfelle av ansvarsgjennombrudd, kan man altså ikke oppstille noe krav om at den som holdes ansvarlig skal være hovedaksjeeier. I den angjeldende dommen var imidlertid aksjeeieren også styreformann i selskapet.

I sitatet fra odelstingsproposisjonen i punkt 6.3.1 er det uttalt at det ”generelt synes større grunn til å tillate ansvarsgjennombrudd i forhold til morselskaper i konsern enn i en del andre tilfeller”. Dette bør neppe tolkes slik at ansvarsgjennombrudd ikke bør skje overfor andre aksjeeiere enn morselskaper, men heller slik at vilkårene for ansvarsgjennombrudd nok oftere vil være oppfylt i tilfeller med en dominerende aksjeeier enn i tilfeller der aksjene er spredt blant flere eiere. Dette er også i tråd med det som er sagt i punkt 6.2.3 om dominerende rådighet som et moment i utilbørighetsvurderingen ved ansvarsgjennombrudd.

Det kan videre spørres om adgangen til å foreta ansvarsgjennombrudd må anses større i tilfeller der det er et selskap som eier aksjene enn i tilfeller der aksjeeieren er en fysisk person. I utgangspunktet kan det neppe opereres med noe prinsipielt skille her.⁹⁵ Behovet for å foreta et ansvarsgjennombrudd vil kunne være like stort i begge tilfeller, og det må også antas at det vil være de samme hensyn som vil ligge bak.

6.4 Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper

Som nevnt i punkt 1.2 gjøres det i denne oppgaven i utgangspunktet ingen forskjell mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Det kan allikevel spørres om det i forhold til ansvarsgjennombrudd alltid bør være den samme adgangen i aksjeselskaper

⁹⁵ Knudsen, Det 30. nordiske s. 195 og Aarum s. 38

som i allmennaksjeselskaper, eller om det kan tenkes visse relevante forskjeller mellom de to selskapsformene. Spørsmålet har ikke vært berørt verken i rettspraksis eller forarbeider. Tysk rett inneholder, som nevnt i punkt 5.5, visse lovfestede forskjeller på dette området mellom de tilsvarende tyske selskapsformene. At man i tysk rett har valgt å lovfeste en slik forskjell i visse tilfeller, kan imidlertid neppe veie særlig tungt i forhold til norsk rett dersom det ikke finnes andre grunner til å forskjellsbehandle de to selskapsformene.

En relevant forskjell kan tenkes i forhold til aksjenes omsettelighet. Aksjene i et allmennaksjeselskap forutsettes å være spredd på et større antall aksjeeiere enn aksjene i et aksjeselskap. Om dette uttales i Innst. O. nr. 80 (1996-97) s. 5 at ”eit hovudskilje mellom aksjeselskapsformene skal vere spreinga av aksjane slik at den eine selskapsforma, allmennaksjeselskap, er for dei som har stor spreining og som kan hente kapital frå ålmenta, og den andre selskapsforma, aksjeselskap, er for dei selskapa som har få aksjeeigarar som oftast har ein nær tilknytning til selskapa”. Som en følge av dette legger også reglene i allmennaksjeloven opp til at aksjene skal være enklere å omsette. Som eksempler kan nevnes forskjellene i reglene om forkjøpsrett i asl kap. 4 VII og asal kap. 4 VIII og reglene om samtykkekrav ved eierskifte i asl kap. 4 V og asal kap. 4 VI.

Det kan argumenteres for at en risiko for å bli utsatt for ansvarsgjennombrudd vil være noe som vil påvirke mulige aksjeerververe i negativ retning og dermed redusere aksjenes omsettelighet. Dette kan igjen tale for at ansvarsgjennombrudd er mer betenkelig i allmennaksjeselskaper enn i aksjeselskaper. Vekten av dette argumentet er nok allikevel begrenset. I det tilfelle at ansvarsgjennombrudd eksisterer som et selvstendig rettsgrunnlag, vil uansett anvendelsesområdet være svært snevert, og det er liten grunn til å tro at en potensiell aksjeerverver vil la seg skremme fra å erverve aksjer på bakgrunn av risikoen for å bli utsatt for ansvarsgjennombrudd.

Etter dette må det antas at det vil være den samme adgang til å foreta ansvarsgjennombrudd i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. En annen sak er at det i praksis nok sjeldnere vil oppstå situasjoner som kvalifiserer til ansvarsgjennombrudd i allmennaksjeselskaper, ettersom aksjene her ofte er spredd på flere hender enn i aksjeselskaper.

7 Følgene av ansvarsgjennombrudd

7.1 Innledning

Følgene av ansvarsgjennombrudd er angitt i Rt. 1991 s. 119. Det er snakk om å ”skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere” (s. 123). Spørsmålet er så hva dette nærmere innebærer.

7.2 Ansvaret

Utgangspunktet må, i tråd med Høyesteretts formulering i Rt. 1991 s. 119, være at et ansvarsgjennombrudd fører til at aksjeeieren anses som en selskapsdeltaker som hefter direkte, personlig og ubegrenset ved siden av selskapet.⁹⁶ Det er altså ikke snakk om et ansvar som følger erstatningsrettslige prinsipper.⁹⁷ For å markere denne forskjellen fra ansvar på grunnlag av erstatningsreglene, taler Werlauff i stedet om ”hæftelsesgennembrud”.⁹⁸ Som følge av at ansvaret ikke er knyttet til erstatningsreglene, kan neppe aksjeeierens ansvar lempes i større grad enn det eventuelt måtte være grunnlag for overfor selskapet.⁹⁹ Innsigelser selskapet måtte ha mot kravet, må imidlertid kunne påberopes i samme utstrekning av aksjeeieren som av selskapet. Det er heller ikke nødvendig for kreditorene å påvise at deres økonomiske tap er en følge av ansvarsbetingende opptreden hos aksjeeieren.¹⁰⁰

7.3 Beneficium ordinis

Videre kan det spørres om det er grunnlag for å hevde at det foreligger et beneficium ordinis mellom selskapet og aksjeeieren, slik at kreditor først må kreve sitt krav dekket av selskapet før han kan gå på aksjeeieren. Hovedregelen i norsk rett er at kreditor i solidarskyldforhold har valgfrihet med hensyn til hvem av skyldnerne han vil kreve fordringen dekket av.¹⁰¹ I ansvarlige selskaper er det derimot lovfestet et svakt beneficium ordinis til gode for selskapsdeltakerne. Som følge av selskapsloven § 2-4(2) kan kreditor som utgangspunkt ikke rette sitt krav direkte mot selskapsdeltakerne før det

⁹⁶ Aarum s. 38

⁹⁷ Motsatt Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 100-101

⁹⁸ Werlauff, Selskabsmasken s. 31 flg.

⁹⁹ Fjærtøft s. 317

¹⁰⁰ Aarum s. 38-39

¹⁰¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 104

har gått to uker fra påkrav til selskapet.¹⁰² Unntak gjelder dersom selskapet åpenbart ikke kan betale, eller selskapet ikke kan finnes.

I Sverige har et krav om at selskapet ikke selv er i stand til å dekke fordringen blitt vurdert som et vilkår for ansvarsgjennombrudd i forbindelse med miljøskader. Selv om dette er en noe annen situasjon enn den at man innrømmer et beneficium ordinis etter at ansvarsgjennombrudd er foretatt, vil konsekvensen kunne bli den samme. I

SOU 2001: 1 s. 291 uttaler komiteen følgende:

”En första förutsättning för ett med verksamhetsutövaren delat ekonomiskt ansvar för efterbehandlingsåtgärder bör vara att verksamhetsutövaren är på obestånd eller att han i vart fall har en så dålig ekonomi att det står klart att han saknar medel till förskrivna återställningsåtgärder.”

Muligens kan Høyesteretts uttalelse i Rt. 1991 s. 119 tas til inntekt for at et beneficium ordinis i favør av aksjeeieren kan oppstilles: ”Aksjeselskapets ansvar er begrenset til de midler selskapet disponerer over. *Dersom kreditor ikke får dekning gjennom disse midler*, må det derfor kreves noe spesielt for at han skal kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen...” (s. 123, min uthevelse). Det er imidlertid usikkert om man kan legge en slik mening inn i Høyesteretts uttalelse. Antakelig mente Høyesterett kun å peke på at det normale er at kreditor må kreve sitt krav dekket av selskapsmidlene.

I praksis vil uansett spørsmålet om ansvarsgjennombrudd stort sett kun komme opp i de tilfellene der selskapet ikke har vilje eller evne til å gjøre opp for seg, og dersom et slikt beneficium ordinis kan oppstilles, kan det neppe kreves noe mer enn at kreditor har rettet sitt krav mot selskapet, og ikke fått oppfyllelse. Antakelig kan heller ikke et slikt unntak fra den nevnte hovedregel oppstilles uten at det finnes ytterligere holdepunkter for det i rettskildematerialet.

¹⁰² Lov 21. juni 1985 nr. 83: Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper

7.4 Regress

Et annet spørsmål er om det er grunnlag for regress mellom aksjeeieren og selskapet. Den alminnelige regelen i solidarskyldforhold er at den som har innfridd et krav kan kreve regress fra den som opprinnelig hefter for kravet.¹⁰³ Dette kan tenkes å kunne føre til at en aksjeeier som grunnet ansvarsgjennombrudd må dekke en selskapsforpliktelse, har regressrett overfor selskapet. Det er imidlertid usikkert om det i det hele tatt kan sies at det er selskapet som er den opprinnelig skyldner i et tilfelle av ansvarsgjennombrudd. Som tidligere nevnt kan ansvarsgjennombrudd ses på som et spørsmål om identifikasjon mellom selskap og aksjeeier. Ut fra en slik synsvinkel synes det ikke naturlig å stille de to ulikt i forhold til spørsmålet om hvem som opprinnelig hefter for kravet. Det må antakelig åpnes for at det kan finnes holdepunkter for en annen løsning i den konkrete sak, men som utgangspunkt kan det neppe oppstilles en regel om regress i ansvarsgjennombruddstilfellene. Det bør uansett nevnes at en slik form for regress vil være nokså upraktisk, ettersom ansvarsgjennombrudd typisk vil være aktuelt i situasjoner der det er få eller ingen verdier å hente i selskapet.

7.5 Ansvarsgjennombrudd i forhold til enkeltkreditorer

Videre kan det spørres om ansvarsgjennombrudd medfører et ansvar for aksjeeieren overfor alle selskapets kreditorer, eller om det kan tenkes ansvarsgjennombrudd som kun har virkning overfor enkelte av selskapets kreditorer. Hagstrøm uttaler at ”det åpenbart må være slik at ansvar kan oppstå overfor enkelte kreditorer og ikke overfor andre”.¹⁰⁴ Hagstrøms synspunkt kan muligens begrunnes med at han anser ansvarsgjennombrudd som en del av erstatningsretten, men når formuleringen hans leses i sammenheng, tyder den snarere på at han anvender dette synspunktet som et argument for å plassere ansvarsgjennombrudd i erstatningsretten, og ikke som en konsekvens av denne plasseringen. Også Aarbakke m. fl. uttaler at ”spørsmålet om ansvar [må] vurderes i forhold til den enkelte kreditor”.¹⁰⁵ Fjørtoft mener på sin side at

¹⁰³ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 690

¹⁰⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 100-101

¹⁰⁵ Aarbakke m. fl. s. 35

dersom det først skjer et ansvarsgjennombrudd, må dette skje til gode for alle selskapets kreditorer, slik at ingen kan settes i en bedre stilling enn andre.¹⁰⁶

Ut fra de momentene retten ser på ved avgjørelsen av om ansvarsgjennombrudd kan finne sted, synes det klart at det godt kan tenkes ansvarsgjennombrudd til gode kun for enkelte kreditorer. Et tydelig eksempel på dette er det ovennevnte sitatet fra Rt. 1996 s. 742, der Høyesterett vektlegger kreditorenes profesjonalitet i sin vurdering av et mulig ansvarsgjennombrudd. En slik vurdering ville gitt liten mening dersom det var slik at alle kreditorer uansett må stilles likt dersom det foretas et ansvarsgjennombrudd. Også slike synspunkter om aksept av risiko som ble nevnt i punkt 6.3.3, må kunne føre til at ulike kreditorer behandles ulikt. I samme retning argumenterer Werlauff når han etter en lengre drøftelse vedrørende anledningen til å stille kreditorene ulikt, konkluderer med at *”risikoaccepten som hæftelsesudelukkende faktor eksisterer, og den indtræder efter en individuell vurdering, som angår kreditors, ikke kontrolgruppens forhold”*.¹⁰⁷

Konklusjonen må bli at en et ansvarsgjennombrudd ikke trenger å medføre at gjennomskjæring skjer i forhold til samtlige kreditorer. Hvorvidt det skal foretas et ansvarsgjennombrudd må vurderes særskilt i forhold til den enkelte kreditor.

8 Konklusjon

Finnes det så grunnlag for å hevde at ansvarsgjennombrudd eksisterer som et eget rettsgrunnlag i norsk rett i dag? Etter min mening tyder den foreliggende rettspraksis fra Høyesterett, sammenholdt med uttalelser i forarbeidene og det øvrige rettskildematerialet, for at det er grunnlag for å svare ja på dette. Antakelig må Rt. 1993 s. 20 ses som et eksempel på at Høyesterett måtte benytte seg av en regel om ansvarsgjennombrudd for å kunne nå et akseptabelt resultat. At Høyesterett i Rt. 1996 s. 672 formulerte vilkårene for at ansvarsgjennombrudd kan finne sted, tyder også på at instituttet må anses å ha en plass i norsk rett. Selv om vektige hensyn taler for

¹⁰⁶ Fjørtoft s. 317

¹⁰⁷ Werlauff, Selskabsmasken s. 343

å respektere ansvarsbegrensningen i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, kan disse hensyn ivaretas ved å holde læren om ansvarsgjennombrudd innenfor snevre rammer. Ansvarsgjennombrudd bør derfor kun benyttes som en sikkerhetsventil i de situasjoner der ingen andre rettsgrunnlag kan gi et tilfredsstillende resultat. Slik Høyesterett har formulert seg i de to dommene fra 1996, er det også mye som tyder på at dette vil være tilfelle.

Litteraturliste

- af Schultén Gerhard af Schultén. *Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott)*. I: Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøtet – Del I. Oslo, 1984, s. 77-122
- Andenæs, Aksjeselskaper Mads Henry Andenæs. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. Oslo, 1998
- Andenæs, Det 30. nordiske Mads Henry Andenæs. *Morselskaps ansvar for datterselskaps forpliktelser (ansvarsgjennombrudd)*. I: Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøtet – Del II. Oslo, 1984, s. 183-189
- Asmundsson/Gustavsson Steffen Asmundsson og Geir Gustavsson. *Utvidet aksjonæransvar – ansvarsgjennombrudd*. I: Jussens Venner. 1995, s. 189-298
- Brocker/Grapatin Stefan Brocker og Jan Grapat. *Ansvarsgenombrott*. Stockholm, 1996
- Brunsvig Per Brunsvig. *Hva eier en aksjeeier?*. I: Lov, dom og bok. Festskrift til Sjur Brækhus. Oslo, 1988
- Clausen Nis Jul Clausen. *Faktiske forhold af betydning ved anvendelse af "Piercing the corporate veil"-doktrinen i U.S.A.*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 1987, s. 955-973
- Fjørtoft Tore Fjørtoft. *Ansvarsgjennombrudd – eit spørsmål om selskapsrettsleg identifikasjon?*. I: Jussens Venner. 1997, s. 300-317
- Gomard, Aktieselskaber Bernhard Gomard. *Aktieselskaber & anpartsselskaber*. 4. udg. København, 2000
- Gomard i Juristen Gennembrudshæftelse og loyalitet i selskabsretten. I: Juristen. 1992, s. 41-48
- Grønland Karl-Anders Grønland. *Aksjeeiers ansvar for selskapets forpliktelser – etter to dommer avsagt av Høyesterett 8. og*

	29. mai 1996. I: Tidsskrift for Forretningsjus. 1996, nr. 3, s. 101-110
Hagstrøm i TfR	Viggo Hagstrøm. <i>Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett</i> . I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 1993, s. 250-282
Hagstrøm, Obligasjonsrett	Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke. <i>Obligasjonsrett</i> . Oslo, 2003
Knudsen, Gjeldsansvar	Gudmund Knudsen. <i>Gjeldsansvar i konsern</i> . I: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett. Oslo, 1994, s. 85-115
Knudsen, Det 30. nordiske	Gudmund Knudsen. <i>Morselskaps ansvar for datterselskaps forpliktelser (ansvarsgjennombrudd)</i> . I: Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøtet – Del II. Oslo, 1984, s. 194-196
Krüger i JV	Kai Krüger. <i>Komparativ rettsmetode – observasjoner vedrørende prinsipper for rettsanvendelse i Europa nord og sør – illustrert ved tilfellet Norge og Italia</i> . I: Jussens Venner. 1996, s. 281-312
Krüger i Juristkontakt	Kai Krüger. <i>Eieransvar i konsernforhold – Quo Vadis?</i> . I: Juristkontakt. 1997, nr. 3, s. 4-11
Lowzow & Reed	Lowzow & Reed. <i>Aksjonæravtaler</i> . Oslo, 1993
Marthinussen/Aarbakke	Hans Fredrik Marthinussen og Magnus Aarbakke. <i>Aksjeloven med kommentarer</i> . 2. utg. Oslo, 1996
Røsæg	Erik Røsæg. <i>Garantier eller fattigmannstrøst? – støtteerklæringer i selskapsforhold av typen "comfort letters"</i> . Oslo, 1991
Skåre/Knudsen	Jan Skåre og Gudmund Knudsen. <i>Lov om aksjeselskaper med kommentarer</i> . 3. utg. Oslo, 1987
Werlauff, Selskabsmasken	Erik Werlauff. <i>Selskabsmasken – loyalitetsplikt og generalklausul i selskabsretten</i> . København, 1991
Werlauff, Selskabsret	Erik Werlauff. <i>Selskabsret</i> . 5. udg. København, 2003
Woxholth	Geir Woxholth. <i>Selskapsrett</i> . Oslo, 2004
Aarbakke m. fl.	Magnus Aarbakke, Jan Skåre, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Asle Aarbakke. <i>Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer</i> . Oslo, 2000

Aarum

Kristin Normann Aarum. *Styremedlemmers
erstatningsansvar i aksjeselskaper*. Oslo, 1994

Forarbeider

Norge

Ot. prp. nr. 33 (1988-89)	Om lov om endringer i lov 13 mars 1981 nr 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) m v (Erstatningsansvar ved forurensningsskade)
NOU 1992: 29	Lov om aksjeselskaper
Ot. prp. nr. 36 (1993-94)	Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)
Innst. O. nr. 45 (1994-95)	Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskap (aksjeloven)
NOU 1996: 3	Ny aksjelovgivning
Ot. prp. nr. 23 (1996-97)	Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Ot. prp. nr. 39 (1996-97)	Om lov om endringer i annen lovgivning som følge av ny aksjelovgivning m v
Innst. O. nr. 80 (1996-97)	Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringar i anna lovgjeving som følgje av ny aksjelovgjeving m.m.

Sverige

I SOU 2001: 1	Ny aktiebolagslag
Lagrådsremiss 6 maj 2004	Ny aktiebolagslag

Domsregister

Norge

Rt. 1932 s. 1015

Rt. 1934 s. 412

Rt. 1937 s. 21

Rt. 1937 s. 600

Rt. 1970 s. 871

Rt. 1979 s. 81

Rt. 1980 s. 1109

Rt. 1985 s. 1221

Rt. 1991 s. 119

Rt. 1993 s. 20

Rt. 1996 s. 672

Rt. 1996 s. 742

Rt. 1999 s. 353

Sverige

NJA 1982 s. 244

USA

Fisser v. International Bank, 282 F.2d 231 (2nd Cir. 1960)

Taylor v. Standard Gas & Electric Co., 96 F.2d 693 (10th Cir. 1938)

England

Salomon v. Salomon & Co. Ltd., [1897] AC 22

Lovregister

Norge

- Lov 13. august 1915 nr. 6: Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)
- Lov 13. juni 1969 nr. 26: Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)
- Lov 4. juni 1976 nr. 59: Lov om aksjeselskaper (opphevet)
- Lov 8. juni 1984 nr. 59: Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)
- Lov 21. juni 1985 nr. 83: Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven)
- Lov 10. juni 1988 nr. 39: Lov om forsikringsvirksomhet (forsikringsvirksomhetsloven)
- Lov 10. juni 1988 nr. 40: Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven)
- Lov 13. juni 1997 nr. 44: Lov om aksjeselskaper (aksjeloven)
- Lov 13. juni 1997 nr. 45: Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Sverige

Skadeståndslag (1972:207)

Aktiebolagslag (1975:1385)

Danmark

Lov om anpartsselskaber, jfr. lovbekendtgørelse nr 10 af 09/01/2002

Lov om aktieselskaber, jfr. lovbekendtgørelse nr 1001 af 08/10/2004